C. F. GABBA
Professore di Diritto civile nella R. Università di Pisa

TEORIA
DELLA
RETROATTIVITÀ DELLE LEGGI

ESAMINATA

Dall'Avvocato GIUSEPPE MESSA
Presidente del Tribunale di Pordenone

Quattro volumi in-8° a L. 8 caduno
corredati di Indice alfabetico - analitico

TORINO
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE
33, VIA CARLO ALBERTO, 33
1890

PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA

PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA
Legato Anselmi
OA. + b
583

I.

L'opera che imprendiamo ad esaminare ha acquistato in Italia una autorità di cui non gode alcun altro dei trattati giuridici pubblicati in questi ultimi tempi; e si può dire che non si agiti avanti ai Tribunali una quistione avente attinenza colla dottrina della retroattività senza che l'opinione del prof. Gabba sia invocata, e spesso con effetto decisivo. Che se una delle sommità del Fòro italiano, ha potuto con parole burbanzose disconoscere il valore che in una celebre causa si voleva attribuire al modo di vedere del nostro autore; si fu in un *caso* sul quale carità di patria ci consiglia di stendere un pietoso velo. Fa dunque meraviglia che oggi soltanto, 14 anni dopo la prima, siasi sentito il bisogno di fare una 2ª edizione di un libro che presenta tanta utilità anche per la pratica forense; mentre all'estero, e specialmente in Germania, si moltiplicano le edizioni di opere che si occupano solo delle più astratte teorie. Ciò dimostra che presso di noi la diffusione degli studi giuridici non è pari all'intensità delli stessi; e che mentre col risorgere della nazione a vita novella e coll'unificarsi della legislazione anche le dottrine giuridiche hanno cominciato a rifiorire, ed una valorosa schiera di giovani giureconsulti ha dotato l' Italia di non poche opere pregevoli; che se non l'hanno portata a livello delle nazioni vicine, l'han tolta almeno dallo stato di abiezione in cui giaceva; la massa, dirò così, dei giuristi pratici, non ha seguìto questo movimento; e giudici ed avvocati non han sentito abbastanza il bisogno di vivificare la pratica applicazione del diritto collo studio delle teorie e delle dottrine. Ad ogni modo conforta il vedere come l'onore di una 2ª edizione, a cui sono giunti pochi altri libri simili, sia toccato a questo del Gabba, che per la perfetta conoscenza della materia, per l'originalità delle vedute, per la profondità delle ricerche, per l'acutezza delle osservazioni, e per la sagacia della risoluzione delle quistioni, non ha nessuna superiore fra tutte le opere giuridiche pubblicate in Italia in quest'ultimo mezzo secolo. L'autore

fa conoscere nella prefazione le ragioni che l'hanno indotto a riprodurre l'opera sua, e dice che sebbene dopo decorso tanto tempo dalla pubblicazione del Codice civile sieno diminuite le quistioni transitorie in materia civile, pure la teoria della retroattività trova continua applicazione in altri rami del giure, per es. nel diritto commerciale, stante la recente pubblicazione del Codice di commercio; in materia penale, stante l'imminente mutamento della legislazione; ed in materia di leggi speciali che troppo spesso si succedono. E noi aggiungeremo che, indipendentemente dalla risoluzione delle questioni di retroattività, quest'opera tornerà sempre di grandissima utilità al giurista, perchè avendo dovuto l'autore per la risoluzione delle non facili quistioni che si è proposto esaminare sotto tutti gli aspetti i singoli istituti giuridici, penetrare per così dire nelle loro viscere, mostrarne la vera natura, e ricercarne le funzioni nell' organismo generale della legislazione, lo studio dell'opera stessa servirà di guida e d'aiuto anche per la risoluzione di questioni che non abbiano colla retroattività attinenza; ed il seguire con attenzione l'autore in tutte le sue ricerche servirà per il giovane studioso di ottima ginnastica mentale per avvezzarsi a guardare le quistioni dal vero punto di vista dal quale devono essere esaminate, e per trovare con facilità il modo di risolverle.

I primi studi sulla retroattività l'illustre autore li espose nel *Monitore dei Tribunali*, pag. 4, 49, 72 del 1868 e perciò credo che non sarà discaro ai lettori di questo periodico il conoscere come esso abbia completato la sua teoria e quale sviluppo le abbia dato.

II.

Il concetto dell'opera è esposto dall'autore in una breve ma succosa introduzione, nella quale dopo aver premesso che i progressi giuridici e legislativi rade volte avvengono in modo violento e repentino, come quando con processo rivoluzionario si tolgono di mezzo radicalmente istituzioni che solo colla violenza avevano resistito alle esigenze della civiltà e del progresso, come avvenne della feudalità in Francia, della schiavitù in America, delle corporazioni religiose in Italia; ma più spesso hanno luogo per naturale e graduale evoluzione, mediante riforme che modificando li istituti esistenti hanno in mira principalmente di regolare i futuri negozi, senza però escludere di rettificare le conseguenze di quelli già attuati; nota che è errata l'opinione di coloro che escludono *a priori* ogni effetto retroattivo delle nuove leggi, e che dicono sinonimi retroattività ed ingiustizia; poichè se modificando li istituti si devono rispettare i diritti già acquistati dai cittadini, si devono però anche regolare tutti li effetti futuri dei negozi precedenti che non sieno

diritti acquisiti, in maniera che lo scopo della legge sia più prontamente e più completamente raggiunto. Oggetto dell'opera è appunto quello di distinguere i diritti quesiti dalle sopraindicate conseguenze, e di esporre i principii che regolano l'applicazione ai rapporti giuridici precedenti, delle nuove leggi abolitive o modificative di istituzioni giuridiche vigenti; e perciò l'autore ha intitolato l'opera stessa *Teoria della retroattività delle leggi.*

Questa ci sembra un'idea nuova del pari che esatta, e non costituisce uno dei pregi minori dell'opera.

Tien dietro alla introduzione una completa bibliografia nella quale ei fa cenno anche di alcune memorie pubblicate nel *Monitore dei Tribunali,* tacendosi non so perchè di quelle sulla forma dei testamenti degli avvocati Della Carlina e Righini, pubblicate a pag. 361, 365, 505 del 1865, e di quelle dell'avv. Simone Orefici contenute nel n. 17 del 1870.

III.

In una prima parte divisa in sedici capitoli, intitolata *Prolegomeni,* l'autore espone brevissimamente quelle dottrine che senza formar parte della teoria della retroattività ne circoscrivono il campo, segnano il cammino già dalla stessa percorso, indicano la via che deve tenere per progredire ulteriormente, ed i sussidi sui quali può contare.

Il concetto dell'opera già accennato nella introduzione è sviluppato nel primo capitolo, e dice l'autore essere *quello di esporre i criteri pratici mediante i quali si possono distinguere i casi giuridici sottoposti all'impero di una nuova legge qualunque, occasionati da fatti giuridici o da relazioni di diritto poste in essere precedentemente alla medesima.* Vale a dire quello di conciliare due verità egualmente evidenti, cioè che non si può negare alla nuova legge ogni influenza sulle conseguenze ulteriori di fatti e rapporti giuridici che si avverarono sotto l'impero della legge antecedente, avendo la nuova legge appunto lo scopo di modificare per l'avvenire il sistema giuridico in quel punto che forma l'oggetto delle sue disposizioni; e che però non si può mai giungere fino ad interdire a chi ha osservato la legge anteriore quei diritti che in tal modo egli si era già procacciati.

Nei successivi capitoli II, III, IV, V, VI, parla di alcune leggi che non entrano nella teoria della retroattività, cioè delle leggi interpretative o rettificative che per dottrina comunemente ammessa, e già accolta nelle Nov. 19, 143, si applicano a tutti i casi passati, perchè non si possono mai dare diritti quesiti in virtù di una legge male intesa. Questo principio naturalmente non si applicherebbe alle

parti della legge che contenessero delle modificazioni alla legge interpretata; nè agli affari ultimati mercè transazione o sentenza passata in giudicato, cioè non suscettibile nemmeno di ricorso in cassazione; perchè se rimedio alcuno fosse ancora possibile, il giudice, che non deve pronunciare sentenze se non in conformità al senso vero della legge, dovrebbe uniformarsi alla interpretazione autentica. Fa pure cenno delle leggi espressamente retroattive, e di quelle che tolgono l'effetto retroattivo espressamente sancito; leggi che vengono ordinariamente emanate in tempo di rivoluzione, quando si distruggono istituzioni divenute incompatibili con nuove idee o con nuove tendenze; e dice chè esse naturalmente non possono lasciar luogo a dubbi se non circa la loro estensione. In fine fa cenno dei casi in cui la retroattività è impossibile perchè si tratta di affari transatti od ultimati mercè pagamento o sentenza passata in giudicato. Quanto alle sentenze soggette ad appellazione od a ricorso ritiene l'autore che nei gradi ulteriori del giudizio gli affari da esse decisi debbano andare soggetti alle leggi precedenti, tranne per il caso di una nuova legge dichiarata espressamente retroattiva; sebbene Giustiniano nella Nov. 115 abbia anche per tal caso accolto un principio diverso. Quanto ai pagamenti, l'autore, in base alla dottrina che l'errore di diritto apre l'adito alla ripetizione dell'indebito, mentre invece non basta a far rescindere una transazione, crede che si possa ripeterli se fatti in base ad una interpretazione dichiarata erronea con legge posteriore. Nel capitolo VIII l'autore parla del principio della non retroattività delle leggi, formulato prima dai filosofi ed accolto nella leg. 7ª Cod. (I, XIV), ma che però preso alla lettera non è esatto, in quanto che le leggi sono e devono essere retroattive fino a che non trovano ostacolo in un diritto quesito. Nè questa è retroattività solo apparente, come vuole il Lassalle, nè eccezionale, come insegnano altri, ma è retroattività vera e propria che scaturisce dalla natura stessa della legge e che per ciò è giusta.

Passa in seguito l'autore a parlare delle vicende del principio della non retroattività nel Diritto Romano e nel Diritto Canonico, notando che moltissime sono le Costituzioni Romane a cui si è dato espressamente un effetto retroattivo; e che anzi ciò si è fatto per tutta la legislazione giustinianea. Parla poscia delle legislazioni moderne, rammentando anzitutto le leggi degli Stati Uniti e quelle della Norvegia, non che quelle emanate in Francia durante la Rivoluzione, dove dopo di essersi proclamato il principio della non retroattività fino a sancire che la sua violazione avrebbe costituito un crimine, a moltissime leggi venne dato effetto retroattivo, e non solo a quelle che abolivano istituzioni incompatibili colle esigenze dei tempi, ma anche ad altre per le quali non vi era bisogno di

scostarsi dai principii generali; e ad alcuna delle quali l'efficacia retroattiva dovette essere tolta stante i gravi inconvenienti che ne derivavano. Quindi parla della Patente di promulgazione del diritto territoriale prussiano, che è la prima legge che *ex professo* si occupi del conflitto tra il *gius* cessante e quello subentrante, e che contenga le basi di una vera legge transitoria; e fa cenno della legislazione imperiale francese, nella quale manca un assieme di principii e di risoluzioni di casi pratici da cui si possa desumere una teoria generale sull'irretroattività proclamata nell'art. 2 Cod. Nap.; ed enumera in seguito le diverse disposizioni transitorie emanate in Germania nello sconvolgimento di legislazione conseguenza della introduzione e della successiva abolizione del Codice Napoleone, ne esamina il contenuto e fa notare il progresso delle une sulle altre. Passa poi a parlare delle leggi transitorie italiane anteriori alla costituzione del regno d'Italia, e finalmente delle leggi transitorie più recenti, e cioè di quella di Sassonia del 2 gennaio 1863 nella quale per la prima volta è stato abbandonato il principio sancito dal Codice Napoleone e condannato dalla scienza, che le usucapioni e le prescrizioni in corso debbano per regola conformarsi alla legge sotto la quale hanno avuto principio; come pure l'altro principio che le quistioni sulla sostanza e sugli effetti dei diritti reali debbano al pari delle quistioni di Stato essere decise secondo la legge nuova, se sorte dopo l'attuazione della stessa benchè le cose che ne sono oggetto siano state acquistate sotto la legge precedente. E finalmente si occupa delle disposizioni transitorie italiane contenute nel Regio decreto 30 novembre 1865, nelle quali riconosce pregi scientifici superiori alle antecedenti; e conchiude riconoscendo il continuo progresso della scienza in questa materia; e che ora è generalmente accolto il principio che la vera ragione ed il vero limite del principio della non retroattività è il rispetto dei diritti quesiti.

Nei capitoli XI, XII, XIII l'autore parla delle fonti dei principii intorno alla retroattività delle leggi, e delle difficoltà di una teoria in proposito, e dei sussidi che si possono avere, e nota che in mancanza di una teoria sufficiente della retroattività nel Diritto Romano, e nella impossibilità che in tale materia di non frequente applicazione possano acquistare autorità le consuetudini, o diventare fonte di principii l'autorità dei giudicati, le vere teorie devono essere desunte principalmente dalla natura delle cose secondo i dettami della retta ragione; espressioni che a noi sembrano troppo vaghe e generiche. Accenna in seguito l'autore alle difficoltà che la formazione di una teoria sulla retroattività presenta, dipendenti specialmente dall'indole complessa di alcuni istituti, per es., delle donazioni, che quantunque atti tra vivi hanno attinenza, in quanto vadano soggette a riduzione, col gius ereditario; e per l'indeter-

minatezza del significato di non poche espressioni, per es. di quella di facoltà legali. E soggiunge che per vincere tali difficoltà occorre analisi paziente e perfetta precisione nei termini.

Nel capitolo XIV, l'autore, parlando dell'analogia tra la teoria della retroattività delle leggi, e quella del diritto internazionale privato, analogia rilevata prima dal Weber, poscia dal Mayer, e posta dal Savigny a base del suo sistema, e dopo di lui dal Lassalle, il quale disse che, posti i principii che regolano l'efficacia retroattiva delle leggi, vengono pure posti quelli che ne regolano la collisione nei diversi luoghi; dice che essa non è grande quanto si reputa comunemente, e che lascia luogo a differenze che non possono essere trascurate. L'analogia sta unicamente in ciò che tanto le nuove leggi che subentrano alle antiche, quanto le leggi d'uno Stato diverso di quello in cui le relazioni hanno avuto vita debbono rispettare i diritti quesiti; ma la ragione di tale rispetto è diversa nei due casi, consistendo nel primo in ciò che il legislatore non può togliere ai cittadini quello che già hanno; nel secondo caso, nella interpretazione della volontà delle parti. Soggiunge l'autore che il legislatore ha interesse che le sue leggi si estendano anche agli affari passati, purchè non ledano diritti acquisiti, mentre invece non ne ha alcuno di applicarle a rapporti giuridici di stranieri. Per ciò nelle collisioni di diritto internazionale privato lo studio del giureconsulto è diretto specialmente a ricercare a qual luogo l'intenzione delle parti ed i loro interessi si riferiscono; nelle collisioni delle leggi nel tempo invece, l'intenzione e l'interesse delle parti si mettono da banda, e si cerca solo se per la natura delle cose o per la volontà del legislatore un dato rapporto giuridico debba essere sottoposto successivamente a due legislazioni o ad una sola. In prova di ciò l'autore accenna alle leggi nuove che regolano la capacità personale e che si applicano anche alle persone già esistenti, mentre invece è massima di diritto internazionale privato che la capacità è retta dalla legge nazionale delle persone; ed altre differenze fa rilevare nella materia dei contratti e delle cose; e conchiude dicendo che tra le due teorie non vi ha connessione, ma solo corrispondenza, consistente nel lasciar regolare i diritti acquisiti dalle leggi del tempo e del luogo in cui sono nati.

Negli ultimi due capitoli di questa prima parte parla l'autore dell'estensione degli studi intorno alla retroattività e dell'ordine da seguirsi nell'esposizione della dottrina; e premette che scopo dell'opera è quello di ricercare i diritti quesiti che si devono rispettare dalle leggi nuove in tutti i rami del diritto civile, processuale, penale e pubblico che finora è stato a torto trascurato. Partendo quindi dal principio che elementi costitutivi del sistema giuridico sono le persone, le cose considerate astrattamente, i diritti reali, le obbliga-

zioni, i rapporti personali di famiglia, l'eredità e la tutela giudiziaria dei diritti, così distingue il suo lavoro: « Canoni generali intorno alla retroattività contenenti: *a*) determinazione del concetto generale di diritto acquisito; *b*) principii di gius transitorio corrispondenti al modo di origine dei diritti; Canoni pratici ed applicazioni; vale a dire, principii di diritto transitorio personale, principii di gius transitorio reale, principii di gius transitorio delle successioni, principii di gius transitorio delle obbligazioni, principii di gius transitorio processuale ».

IV.

La parte seconda è distinta in due Libri. Nel primo si esaminano le dottrine fondamentali dei più autorevoli scrittori, intorno alla retroattività delle leggi, nel secondo si contiene la determinazione generale del diritto acquisito.

Dice l'autore che in questa materia sono stati finora posti a base della teoria cinque assiomi che egli esamina in altrettanti capitoli.

Il Borneman ed il Bergman dicono che in questa materia precipuo criterio sia l'intenzione del legislatore; principio che è completato dall'altro che, ove le parole del legislatore non siano chiare, si devono le leggi nuove applicare anche alle conseguenze dei fatti passati, perchè i cittadini le devono riguardare come migliori e come le sole attualmente giuste. Tale massima, dice l'autore, è giusta nella prima parte in quanto che la volontà del legislatore impera sempre sovrana, ma è insufficiente perchè nella maggior parte dei casi le leggi tacciono intorno alla loro applicazione ai fatti precedenti. È poi errata nella seconda parte in quanto prescinde dal ricercare dove sieno mere aspettative e dove veri diritti quesiti che si devono ritenere rispettati dal legislatore, qualunque sia la bontà della legge novella, se l'abolizione non è espressa chiaramente, o se non rimarrebbe inefficace il disposto della legge riferendola unicamente ai casi futuri.

Altri ritengono che giustamente retroattive sieno le leggi che hanno attinenza all'ordine pubblico, oppure che sono d'indole proibitiva. E l'autore osserva come il principio dell'ordine pubblico condurrebbe tra le altre cose ad applicare la legge penale a fatti commessi prima della sua pubblicazione, a privare della cittadinanza chi l'avesse acquistata in modo non conforme ad una legge nuova, e ad altre conseguenze simili da tutti ripudiate. Per di più questa dottrina prescinde dal rispetto dovuto ai diritti quesiti che pure interessa l'ordine pubblico; ed infine nota l'autore che il concetto d'ordine pubblico è troppo vago ed elastico per servire di base ad una teoria. Quanto alle leggi proibitive l'autore osserva che non

si può concepire come il fatto del proibire implichi per sè solo la intenzione del legislatore di dare alla legge effetto retroattivo; e come un divieto debba esser inteso diversamente da un comando. Anzi che ciò non sia lo dimostra la circostanza che molte leggi proibitive non sono retroattive, come, per esempio, quelle che introducono un tasso sugli interessi convenzionali; e perciò già lo Zailer commentando il Codice austriaco, e poi il Savigny, hanno insegnato che nemmeno le leggi proibitive possono togliere diritti quesiti, od alterare la natura dei contratti. Il Lassalle ha temperato la dottrina insegnando che devonsi considerare come retroattive solo quelle leggi proibitive che vietano la esistenza di un diritto, e non anche quelle che proibiscono solo un determinato modo di porlo in essere; ma non ha data una ragione sufficiente di tale distinzione, che non si può nemmeno basare su criteri sicuri. Egli dice che l'unica fonte del diritto è la coscienza collettiva del popolo intero, e che non è possibile che l'individuo voglia sottrarsi a questa concessione di diritto; ma se tale ragione avesse un valore, l'avrebbe per tutte le specie di leggi proibitive, e porterebbe alla conseguenza che nessuno possa mai conservare un diritto quesito senza disturbare l'ordine ed arrestare il progresso della società; conseguenze evidentemente assurde. In questa dottrina, dice l'autore, vi ha di vero ciò solo che molte volte le leggi proibitive devono essere retroattive, ma ciò avviene non per il loro carattere proibitivo, bensì per la natura dei diritti a cui si riferiscono.

Un'altra teoria insegna che devonsi applicare retroattivamente le leggi favorevoli; ma l'autore dimostra che ciò non è vero, perchè anche queste leggi devono rispettare i diritti quesiti; e perciò tale dottrina non è un criterio pratico fondamentale della retroattività, ma si risolve nell'incontestato principio che ogni legge deve ricevere la più larga applicazione salvo il rispetto dei diritti quesiti.

Espone in seguito l'autore in modo conciso ma esatto la dottrina del Savigny, che ha goduto e gode tanta autorità in questa materia, e ne fa la critica mostrando come il principio del grande scrittore che in mancanza di una esplicita contraria disposizione del legislatore non si applicano ai casi passati le leggi che regolano l'acquisto dei diritti, e che invece retroagiscono e non possono lasciar sussistere i diritti acquisiti, le leggi che concernono l'essere, il non essere, o il modo di essere degli istituti giuridici, non sia accettabile, poichè il modo di essere degli istituti giuridici non consiste in altro che nella qualità e nei limiti dei diritti che in occasione ed in virtù di essi si possono acquistare; e quindi i due concetti di acquisto di diritti e di modo di essere di istituti giuridici non si contrappongono ma si confondono. E così dicasi pure della distinzione delle leggi sull'acquisto e di quelle sulla durata dei diritti.

Con molto acume l'autore ricerca come il Savigny sia caduto in tale errore, soggiungendo che l'errore stesso sta solo nella parte teorica della dottrina; mentre invece nell'applicazione che ne fa ai casi pratici, egli, guidato dal buon senso, investiga se realmente il diritto della cui conservazione si tratta sia acquisito o no.

Infine l'autore fa l'analisi della dottrina del Lassalle che ritrova la ragione ultima per cui le leggi non devono essere retroattive, nel rispetto dovuto alla personalità umana, ed alla libertà della sua volontà; in quanto che l'uomo agendo con cognizione della legge che impera al momento della sua azione s'intende che accetti volontariamente le conseguenze che la legge attribuisce all'azione medesima, e se una legge posteriore volesse cambiare tali conseguenze si farebbe violenza a quella libera accettazione, e perciò tale legge cozzerebbe col concetto del diritto che è appunto l'effettuazione della libera volontà. Da ciò il Lassalle trae il corollario che lo sconcio si verificherebbe solo nel caso in cui venisse annullata un'azione libera o un atto della libertà individuale; e non anche nel caso che la legge modificasse quei diritti di cui essa stessa circonda l'individuo senza il concorso della sua volontà, e così formula il suo principio:

a) non può retroagire nessuna legge che concerne l'individuo in relazione ad atti della sua volontà;

b) deve retroagire ogni legge la quale concerne l'individuo, astrazione fatta da atti della sua volontà, e quindi colpisce immediatamente le sue qualità involontarie, spettanti a tutti li uomini o per legge di natura o per fatto della società; oppure le colpisce mediatamente soltanto col modificare le istituzioni organiche della società.

L'autore riconosce il gran pregio di questa teoria che contiene gran parte di vero, ed un criterio pratico e filosofico nello stesso tempo; ma non l'accetta perchè non si occupa di quei diritti quesiti che non dipendono da atto volontario dell'uomo, e che pur devono dalla legge nuova essere rispettati. Osserva poi giustamente l'autore che nell'ingiusta retroattività li uomini non sentono offesa solo la loro personalità, ma anche il loro patrimonio, e per ciò soggiunge che nelle indagini sulla retroattività non basta indagare se la legge spogli un individuo di un diritto acquistato con un atto di sua volontà, ma occorre anche ricercare se l'oggetto del diritto fosse entrato nel suo patrimonio.

Dopo tutto ciò l'autore conchiude che, essendo il rispetto ai diritti acquisiti l'unico limite all'efficacia assoluta delle leggi nel tempo, la teoria deve unicamente occuparsi di trovare i caratteri di tali diritti: e che tornano vani li sforzi per ridurre tutta la teoria ad un principio generalissimo ed in pari tempo semplice e

di facile applicazione, essendo la nozione di diritto quesito complessa, e dovendosi nella stessa tener conto non solo delle condizioni subbiettive di chi ha acquistato il diritto, ma eziandio dell'oggetto di questo e degli interessi pratici che alla retroattività si connettono.

Abbiamo voluto estenderci alquanto nell'esposizione delle teorie precedenti a quella dell'autore per far meglio comprendere l'originalità di questa, ed il valore delle dottrine del nostro autore.

V.

Il Libro secondo è consacrato alla determinazione generale del diritto acquisito, e l'autore dopo avere analizzate e mostrate le imperfezioni delle definizioni che ne danno i principali autori, espone la sua che è la seguente:

È acquisito ogni diritto che: a) *è conseguenza di un fatto idoneo a produrlo in virtù della legge del tempo in cui il fatto venne compiuto, benchè l'occasione di farlo valere non siasi presentata prima della attuazione di una legge nuova intorno al medesimo; e che,* b) *a termini della legge sotto l'impero della quale accadde il fatto da cui trae origine entrò immediatamente a far parte del patrimonio di chi lo ha acquistato.*

Questa definizione dice l'autore che è la sintesi delle precedenti e ne evita i difetti.

Nei successivi capitoli l'autore analizza il concetto di diritto acquisito, e dopo aver richiamato la distinzione tra diritto obbiettivo, vale a dire la legge in quanto contiene la possibilità che si acquistino diritti al verificarsi di dati fatti, ed il diritto subbiettivo, spettante all'individuo per essersi verificato uno dei fatti dalla legge supposti; pone il principio: *che non si può ammettere nessun diritto concreto il quale non abbia il suo fondamento in una legge o norma giuridica vigente al tempo al quale il diritto risale; che non provenga cioè da un fatto al quale una norma giuridica positiva del tempo in cui quel fatto accadde, attribuiva una tale virtù.* Quindi combatte l'idea assai diffusa ed accolta in alcune leggi transitorie che la legge nuova debba applicarsi ai casi passati, successi in tempo in cui non vi erano leggi esplicite regolatrici di tali casi e dimostra come in una società civile questo caso non possa verificarsi, imperocchè il sistema delle leggi racchiude elementi o principii per risolvere tutte quante le quistioni, coll'uso dell'interpretazione; e dimostra anche come con quel modo di vedere si confonda l'autorità dottrinale della nuova legge colla sua efficacia formale ed imperante. E continuando a considerare il diritto quesito in relazione alla legge astrattamente considerata, insegna che se un diritto

dipende da fatti successivi, non può nello stesso avere influenza la legge che ha avuto vigore solo nel tempo decorso tra il verificarsi dell'uno e dell'altro di tali fatti; e che non può mai darsi *diritto acquisito a che non venga emanata una legge nuova la quale regoli una materia finora non contemplata affatto dalla legislazione;* perchè oggetto del diritto e della legge non può essere che un fatto, e non mai una mera ed indeterminata negazione.

In una sezione speciale l'autore, sviluppando il suo concetto che vero diritto quesito sia solo quello già entrato a formar parte del patrimonio di un individuo, dimostra come tale carattere non abbiano le regole generali fissate dalla legge perchè diritti si possano acquistare, regole che sono le premesse del patrimonio ma che non entrano nello stesso; tali sono quelle concernenti capacità personali o reali, vale a dire lo stato personale dei soggetti di diritto, o lo stato e la condizione delle cose che ne sono oggetto. Queste regole sono sempre in potere del legislatore, e riflettono bensì diritti, ma non diritti patrimoniali; e quindi l'autore pone la seguente regola: *diritti concreti e quesiti sono quelli soltanto che dentro la cerchia del potere consentito dalle leggi concernenti le persone e le cose mirano ad un determinato effetto da esse leggi contemplato in modo esplicito od implicito, e sorgono negli individui o per virtù dell'umana operosità, o per diretta virtù della legge medesima in seguito a fatti e circostanze e nei modi ed alle condizioni da essa prestabilite.* Dimostra in seguito come per lo stesso motivo manchi il carattere di diritto quesito a quei diritti che non hanno natura di vere e proprie utilità degli individui; utilità che possono essere subbiettive o personalissime, cioè stati o gradi di dignità; o materiali o patrimoniali propriamente dette; ma che devono in ogni caso concernere la personalità privata dell'individuo stesso, perchè nella sfera pubblica il cittadino non può avere diritti individuali, se non quali e quanti e finchè le leggi glieli attribuiscono e consentono; e l'autore pone il principio: *che tutte quante le leggi concernenti interessi pubblici di qualunque genere si applicano immediatamente, e i corrispondenti diritti e doveri degli individui si mutano e modificano immediatamente in virtù di quelle leggi.* Applica quindi tale principio alle concessioni, ai privilegi ed alle esenzioni, distinguendo quelle che cadono su oggetti od interessi pubblici o politici da quelle che hanno un oggetto patrimoniale, le quali ultime se possono essere revocate in virtù del principio che a nessuna istituzione può assicurarsi una durata perpetua, devono però essere sostituite con qualche prestazione momentanea a titolo di riscatto; e fa in proposito molte distinzioni che sarebbe troppo lungo esporre. Ciò premesso l'autore distingue in sei classi

i diritti che sotto questo aspetto possono considerarsi come veri diritti quesiti.

In un'altra sezione parla l'autore dei fatti acquisitivi del diritto e dice che per potersi parlare di *diritto quesito* bisogna che il fatto acquisitivo consista *in una modalità* di quella situazione in cui ognuno si trova per il solo fatto di essere uomo o cittadino dello Stato; e che il diritto stesso deve inoltre essere determinato in relazione alla persona contro la quale il diritto viene fatto valere; poichè i diritti assoluti, che esistono in riguardo di tutti, come i diritti reali, i diritti di succedere, i diritti di stato personale, ecc., non si possono, per quel che riflette la teoria della retroattività, considerare come quesiti se non vengono in qualche modo disconosciuti o lesi da qualche persona, contro la quale si vogliono far valere. Finchè un diritto assoluto non viene in tal modo concretato e determinato, rimane sotto la costante azione del legislatore. Principii questi che si applicano ad ogni specie di persone fisiche, giuridiche, ecc.

Prosegue l'autore, insegnando che i fatti acquisitivi devono essere: 1° compiuti; 2° posti in essere in tempo idoneo; 3° da persona avente la capacità voluta dalla legge; 4° e coll'osservanza delle formalità dalla legge prescritte. Sotto il primo aspetto dice l'autore che i fatti acquisitivi sono semplici o complessi, e che possono gli ultimi consistere in una serie di atti da porsi in essere da una sola persona, oppure da più persone, ovvero di atti da farsi da una persona, a cui si debba aggiungere un avvenimento che non sta in potere di essa. Ed insegna che in generale non si può parlare di diritto quesito in base a fatti incompiuti, se non quando si tratta di vera e propria condizione casuale, o potestativa per parte dell'avente diritto; oppure che l'acquisto cui deve dar luogo il compimento del fatto imperfetto abbia la sua radice in un antecedente diritto quesito di cui non sia che uno svolgimento od una trasformazione. In tutti gli altri casi dai fatti incompiuti nascono solo delle aspettative che per altro il legislatore, talvolta per viste di equità, può parificare ai veri diritti. Circa al tempo, l'autore dice che in generale i fatti acquisitivi devono essere anteriori alla legge che attribuisce loro questa efficacia; potendo però il legislatore attribuire nuovi effetti alle condizioni durevoli personali o reali cominciate prima; perchè, come disse antecedentemente, tali condizioni sono sempre sotto la immediata e libera azione della legge. Quanto alla capacità subbiettiva dell'acquirente insegna l'autore che se ne deve sempre giudicare secondo la legge del tempo in cui viene posto in essere il fatto acquisitivo; al pari dell'esistenza e degli effetti dei vizi che affettano il fatto acquisitivo, come dolo, violenza, errore, ecc.; e quelle della legge imperante al momento

che si pone in essere il fatto acquisitivo devono essere pure le formalità del medesimo.

Tratta poi della convalescenza degli atti, e combatte la teoria del Lassalle, che sostiene doversi i rapporti giuridici invalidamente contratti, perchè vietati dalla legge, considerare come validi se subentra altra legge che li permetta; e dimostra che tale teoria non è in armonia col Diritto Romano, che aveva la regola: *quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest;* e che è un errore l'equiparare questa voluta convalescenza detta materiale, colla ratiabizione. Combatte anche la così detta convalescenza formale, i sostenitori della quale dicono che un atto invalido per inosservanza delle formalità volute dalla legge sotto pena di nullità, diventa valido al momento in cui è attuata una legge nuova che ha abolito tali formalità; e fa giustamente osservare che se taluno in un dato atto non seguì la forma voluta dalla legge, si deve ritenere non abbia voluto fare un atto serio. Per questo non accetta la teoria nemmeno ristretta nei limiti posti dal Lassalle, che la difende solo trattandosi di formalità riguardanti la prova, e la combatte per quelle così dette *ad substantiam*.

In seguito l'autore dopo aver distinto i fatti acquisitivi secondo che sono stati posti in essere da una o da più volontà col proposito di far sorgere il diritto; oppure sono stati posti volontariamente, ma senza quel proposito; oppure sono involontari e fortuiti; e dopo aver detto che, siano opera della legge o della volontà dell'uomo, i diritti acquisiti sono sempre inviolabili, entra a parlare delle facoltà di legge che non sono veri diritti; materia che egli giustamente dice irta di difficoltà, perchè essendo elemento essenziale di ogni diritto la facoltà di usarne o di non usarne, anzi potendo ogni diritto essere scomposto in facoltà di fare o di pretendere, la confusione tra i due concetti — diritto e facoltà — è facile. L'autore dice che le vere facoltà che si contrappongono ai diritti son solo quelle che sono ad essi anteriori e che servono per acquistarli, perchè se discendono o si collegano a diritti, ne assumono anche esse la natura. Le vere facoltà nel senso sopradetto, finchè non sono esercitate, possono essere tolte o modificate dal legislatore; e solo per ragione di equità si suole equiparare l'esercizio incominciato a quello compiuto, mentre i rigorosi principii condurrebbero a conseguenza diversa, non dandosi diritto quesito finchè non sieno posti in essere tutti gli elementi per acquistarlo. Ed applica tale principio alla procedura per riconoscimento di paternità, cominciata sotto una legge che la permetteva, e che si potrebbe proseguire anche al sopraggiungere di una legge che la vieta.

In conclusione, per l'autore le mere facoltà sono quelle che ha chiamato premesse generali o elementi di tutti i diritti concreti e

che sono racchiuse nelle leggi concernenti le persone, la proprietà e li altri diritti reali e le successioni. Coerentemente a tale dottrina rigetta l'insegnamento di coloro che assimilano alle mere facoltà le azioni giudiziarie non promosse; le quali invece, se sono trasformazioni di diritti, ne assumono la natura, e per ciò non possono trovar ostacolo nella legge nuova che più non le ammette; come invece lo troverebbero se si esplicassero non in base a diritti quesiti, ma in base a mere facoltà. Perciò egli così formula la sua teoria: « le azioni giudiziali non possono venir tolte da una legge posteriore a quella nella quale hanno radice, se non allorquando, lungi dall'essere diritti acquisiti al momento della legge nuova, non sieno in questo momento che semplici facoltà di legge aventi radice nella legge anteriore, come quelle che basano unicamente su diritti reali o personali di cui può il legislatore sempre a suo piacimento modificare gli effetti e le conseguenze, e non aventi in pari tempo carattere di individuali o privati vantaggi ».

VI.

In un altro capitolo tratta l'autore dell'estensione dei diritti acquisiti; e premette che il diritto può di sua natura comprendere parecchie prestazioni differenti e contemporanee, e parecchie prestazioni successive che si svolgono al sopraggiungere di ulteriori fatti, od avverandosi ulteriori circostanze che fin dall'origine accompagnavano l'acquisto del diritto; vale a dire che il diritto acquisito si presenta come unità semplice, o come complesso di parecchie facoltà che coesistono, oppure si attuano successivamente in date circostanze. Nelle facoltà coesistenti una si presenta con carattere principale, le altre con carattere accessorio, e la prima conferisce alle seconde la sua inviolabilità. Nelle facoltà o conseguenze successive che possono dipendere o da disposizioni speciali all'istituto, per es. la revocabilità per ingratitudine delle donazioni, o da disposizioni aventi carattere generale, per es. diritto a risarcimento di danni per ritardato pagamento, si devono determinare chiaramente quali sieno veri diritti quesiti; e l'autore pone il principio seguente: *le conseguenze di un diritto acquisito si devono ritenere esse pure diritti acquisiti quando si possono considerare come svolgimento del concetto del diritto medesimo, o come sua trasformazione;* essendo poi del tutto indifferente che tali ulteriori conseguenze dipendano da patto espresso delle parti, o da disposizione della legge che regola il rapporto di diritto che le parti hanno posto in essere. Invece di adottare questo criterio molti autori si appigliarono a criteri estrinseci, insegnando che le conseguenze ulteriori sono diritti quesiti o no a seconda che abbiano o meno

bisogno di un'azione giudiziaria per essere attuate; criterio fallace, perchè l'azione assume sempre il carattere del diritto che è destinata a far valere; altri si appigliarono al criterio della prevedibilità o meno della conseguenza; criterio insufficiente perchè non appoggiato a dati concreti, ma ambiguo ed incerto; altri più recenti ed autorevoli trattatisti avrebbero introdotto una distinzione fra effetti e conseguenze dei diritti acquisiti; distinzione che è stata dal Mayer sostituita con quella tra conseguenze necessarie ed immediate e conseguenze accidentali e remote, desumendo dalla prevedibilità il criterio per distinguere le une dalle altre; ma anche questa dottrina ora è quasi abbandonata, perchè la previdibilità è, come già disse l'autore, concetto vago ed inopportuno. Per chiudere la sua dottrina l'autore enumera molte, che chiama conseguenze improprie dei diritti quesiti, vale a dire che non sono uno svolgimento del concetto del diritto, od una sua trasformazione; e fa cenno delle forme processuali onde far valere giudiziariamente il diritto, che non sono connesse col diritto stesso, nemmeno se per esso fossero stabilite norme speciali di procedura; e dice che le leggi processuali si applicano ad ogni caso da esse contemplato, che sotto il loro impero si verifichi in qualunque tempo sia stato acquistato il diritto di cui si tratta, tanto se la nuova legge sia più favorevole della precedente a chi fa valere il diritto, quanto nella ipotesi contraria. Lo che però non toglie che alcuni atti dalle parti compiuti possano costituire un diritto quesito. Insegna pure l'autore che per lo stesso motivo, cioè per trattarsi di connessione estrinseca ed accidentale non può reputarsi acquisito col diritto il mezzo di prova per farlo valere in giudizio; e lo stesso dicasi della rinunzia, della novazione, della remissione e della compensazione dei crediti, cose tutte che vengono regolate dalla legge nuova, e non da quella sotto cui il diritto che si vuol toccare è nato. Sono pure conseguenze improprie, insegna l'autore, quelle consistenti in una data condizione personale, cioè in un dato grado di capacità giuridica, tranne il caso in cui il grado di capacità personale possa considerarsi come un diritto quesito di stato personale; ed applica tale dottrina alla capacità della donna maritata.

In un paragrafo speciale parla l'autore delle conseguenze che gli atti possono produrre dopo la morte dei disponenti. Dice che diritti privati contro un defunto si possono acquistare per titoli *inter vivos* o per titoli *mortis causa,* i quali ultimi possono essere contratti relativi a cose singole o a tutta o a parte di un'eredità; oppure successioni per virtù di testamento; o eredità conferite immediatamente dalla legge. I contratti condizionati alla premorienza dello stipulante, come tutti i contratti condizionali, sono intangibili dalle leggi nuove; invece i testamenti come atti unilaterali che

si perfezionano solo colla morte e coll'accettazione della eredità, che non sono svolgimento dell'atto unilaterale, non danno un diritto acquisito di succedere prima della morte del testatore; e non danno nemmeno al testatore un diritto acquisito all'efficacia della sua disposizione testamentaria, ma solo a che il suo testamento non si consideri come atto vano ed inidoneo finchè la libertà di testare sia a lui riconosciuta, quantunque le condizioni della medesima, per ciò che direttamente concerne l'atto di testare, venissero da posteriori leggi mutate.

Tratta anche l'autore del *douaire coutumier* ed opina che faccia parte del contratto di matrimonio, e che per questo debba essere regolato dalla legge vigente al momento di tale contratto.

I diritti quesiti possono trovarsi in collisione con diritti di terze persone aventi per oggetto le medesime cose; e l'autore dimostra il principio che *la collisione dei diritti quesiti distinti e separati rispetto ad un medesimo soggetto, viene regolata rispetto a ciascuno di essi dalla legge vigente in proposito allorquando il diritto anteriore è stato acquistato;* e combatte l'opinione del Georgii, che dà sempre la prevalenza al diritto portato dalla legge nuova; e quella del Rintelen, che un contratto possa sempre essere impugnato da un creditore di uno dei contraenti diventato tale dopo la stipulazione del contratto, ed in base ad una legge posteriore a quest'ultimo. Avverte infine l'autore che i terzi non possono mai vantare diritti quesiti in base ad atti cui non sono intervenuti; per esempio i figli in base al contratto di matrimonio dei loro genitori.

Accetta l'autore l'opinione del Merlin che sieno retroattive le leggi concernenti le forme ed i modi per l'esecuzione e per l'esercizio dei diritti, se però non sono parti od elementi della prestazione oggetto del diritto, o se non sono immedesimati cogli atti dell'avente diritto, nel quale ultimo caso vale il principio *forma dat esse rei.* I modi e le forme che la legge nuova può liberamente regolare sono atti, o formalità o condizioni di atti che la legge impone o permette alle persone fra le quali una relazione giuridica intercede, e durante l'esercizio e l'esecuzione di questa, al di là delle singole prestazioni che formano il vero e proprio oggetto del diritto e dell'obbligo, sia per assicurare quelle prestazioni medesime e quindi in generale il fine utile della relazione giuridica, per es. *la separazione della dote, i mezzi per constatare ed accertare i diritti, quelli per prevenire l'abuso*, ecc.; sia per conciliare i diritti e gli obblighi nascenti dalla relazione giuridica coll'interesse che terze persone abbiano sull'oggetto di questo, per es. l'*obbligo di trascrivere molte azioni di risoluzione e simili;* sia anche per conciliare tali diritti ed obblighi con qualunque interesse della società, per es. le leggi sul regime delle società mercantili, quelle sul

modo di esercitare i diritti reali specialmente immobiliari. Osserva l'autore che questo principio della retroattività delle leggi concernenti le semplici formalità e modalità di esercizio dei diritti, riceve in pratica larga applicazione, ed è in consonanza colle dottrine da lui antecedentemente svolte, nelle quali criterio dominante è sempre stato la sostanzialità del diritto quesito sceverato da ogni elemento estrinseco od accidentale, quali sono le modalità d'esercizio.

L'autore combatte la teoria del Lassalle e del Merlin che le conseguenze nuove attribuite da una legge ad una specie di contratti, possano applicarsi a contratti antecedentemente stipulati se dipendono da fatti che stiano in potere dell'obbligato; perchè a nessuno si possono imporre fatti od ommissioni che la legge non gli addossava quando entrò nella relazione giuridica; tranne se si tratta di un obbligo novello cui la parte non potesse rifiutarsi di sottostare senza offendere grandemente la legge morale, la quale domina sempre su tutte le altre considerazioni; come sarebbe nel caso che una legge nuova introducesse la revoca delle donazioni per ingratitudine, precedentemente non ammessa. Niun dubbio che tal legge si dovrebbe applicare anche alle donazioni precedenti.

Parla pure dell'influenza che possa avere la variazione del significato legale di alcune parole, per es. *beni mobili, beni immobili;* ed in appoggio alla presunta volontà dei disponenti o paciscenti, dice che tali variazioni *influiscono sempre anche sulle disposizioni sia testamentarie sia* inter vivos *anteriormente poste in essere e le quali abbiano effetto o continuino ad averlo posteriormente alla legge nuova, che si applica alle cose su cui l'effetto della disposizione si avvera dopo la disposizione di essa, mentre la legge antica si applica a quelle cose su cui l'effetto della disposizione si è avverato durante l'impero della medesima.* Non si dissimula però l'autore che tale dottrina è contrastata e dai teorici e dai pratici.

Trattando in seguito della durata dei diritti quesiti, dopo avere premesso alcune osservazioni generali sui limiti dei diritti nel tempo, dipendenti o dalla natura degli stessi o dalla volontà esplicita del legislatore, pone il principio che nessuna volontà nè di un privato nè dello stesso legislatore può dare legge ai posteri in perpetuo. Le istituzioni perpetue, o aventi carattere privato e patrimoniale come enfiteusi, fidecommessi, ecc., o aventi carattere pubblico, come istituti di beneficenza, corporazioni, feudi, benefici, sono sempre soggette al variare delle leggi, e non sono mai materia di vero e proprio diritto acquisito ove si considerino nella totalità loro, e non già in relazione a determinati individui che attualmente ne fruiscono. Questi individui invece hanno vero diritto quesito al godimento, e le leggi abolitive lo debbono rispettare. In proposito nota opportuna-

mente l'autore che l'effetto retroattivo delle leggi abolitive di simili istituti deriva dalla inammissibilità che una volontà qualunque si imponga in perpetuo alla società; e per ciò tale effetto retroattivo non potrebbe concedersi a quelle leggi che riconoscono la perpetua durata, e lasciano sussistere l'istituto, ma ne modificano l'interno ordinamento. Ed è perciò che l'articolo 29 del R. decreto 30 novembre 1865 ha disposto che le enfiteusi antiche continuino ad essere regolate dalle leggi sotto cui sono nate.

Quanto ai diritti di durata limitata, o per volontà delle parti, o per disposizione di legge, l'autore pone il principio che il termine per l'esercizio di un diritto acquisito non può essere abbreviato nè prolungato da una legge posteriore all'acquisto, al di qua o al di là della durata stabilita dalla legge del tempo nel quale il diritto venne acquistato; o dalla volontà dei disponenti manifestata in relazione a quelle leggi; - dottrina assai contrastata.

Differenti dalla precedente sono le quistioni di retroattività in materia di prescrizione, che toccano diritti che non sono nati con una durata limitata; ed in proposito l'autore esamina le dottrine dominanti in questa materia, cominciando da quella che informa l'art. 2281 Cod. Nap. ed altri Codici e leggi transitorie, e che oggidì è ripudiato dalla scienza; vale a dire che la prescrizione, cominciata sotto una legge, debba continuare ad uniformarsi alla stessa anche se subentra una legge nuova che la regoli diversamente; facendosi solo eccezione per il modo di acquisto delle servitù. L'autore enumera in seguito molti canoni oggidì generalmente ammessi in questa materia, e con lungo e solido ragionamento dimostra che nelle prescrizioni incominciate e non compite non vi è un vero diritto quesito, nemmeno nell'investito del diritto minacciato, a non veder abbreviato il tempo della durata del suo diritto, opinione diversa da quella emessa nella prima edizione dell'opera; e quindi stabilisce e dimostra i seguenti canoni:

1° una legge che introduce per la prima volta la prescrizione di determinati diritti non può applicarsi che a fatti sia di possesso sia di non esercizio, posteriori alla sua introduzione;

2° abolita una data prescrizione, non possono venire continuate le prescrizioni di quel genere già incominciate. Rimangono quelle già compiute;

3° una sola e medesima prescrizione, tanto acquisitiva quanto estintiva, può benissimo svolgersi sotto diverse leggi, che statuiscono differenti requisiti per la medesima, ed in tal caso ogni parte verrà giudicata secondo la legge vigente al tempo della stessa. Perciò, se la nuova legge porta un termine più lungo, devesi compiere tale termine computando l'antico; se viene abbreviato, si applica pure al nuovo termine, anche se la prescrizione si trovasse in tal modo

già compita; e l'autore dice illogica la disposizione dell'art. 3 delle nostre disposizioni transitorie;

4° se la nuova legge aggiunge nuovi requisiti, dovranno questi concorrere, però solo per il tempo che ancora resta. Se i requisiti vengono diminuiti, la diminuzione gioverà al prescrivente per il tempo futuro, ma non avrà efficacia per convalidare la prescrizione alla quale per il passato ostasse uno dei requisiti che ora più non sono richiesti.

VII.

Il secondo volume contiene i principii di gius transitorio in materia personale, che formano il tema del Libro primo della Parte terza, che, come si è veduto, contiene i principii pratici e l'applicazione della teoria svolta nel volume primo. L'autore premette alcune opportune nozioni sulla natura e sul contenuto delle relazioni di stato personale, che sono regolate con norme imperative e rimangono sempre sotto il potere della legge, perchè hanno sempre un contenuto etico; lo che però non importa che il legislatore possa manomettere e sovvertire come e quando voglia quella condizione personale che i cittadini si sono creata sotto l'egida delle leggi esistenti; e, dice l'autore, che anche in questa materia si deve pure ammettere un diritto quesito, restando solo a cercarne i confini ed a conciliarne il rispetto colla immediata applicazione delle leggi, riflettenti lo stato personale. Quindi, dopo avere osservato che le relazioni di stato personale, in quanto attribuiscono diritti o doveri di agire o di non agire in un dato modo, conferiscono o limitano la capacità giuridica delle persone, e per ciò soglionsi anche dire relazioni di stato e di capacità fra le persone; e dopo di avere fatto rilevare la discrepanza che vi è tra i giureconsulti tedeschi ed i giureconsulti francesi nel modo di intendere il rapporto fra lo stato personale e la capacità, fa notare che egli segue una teoria di mezzo, e passa a parlare della *retroattività delle leggi concernenti lo stato e la capacità delle persone.*

L'autore, richiamati i due principii generalmente ammessi, che le leggi concernenti lo stato e la capacità delle persone debbono applicarsi immediatamente; e che ciò nondimeno anche in tale materia vi sono diritti quesiti, nota che questo concetto ha nel campo del diritto personale un'estensione assai minore che non in altre parti del diritto; e quindi pone questo principio cardinale: *che quando si afferma la retroattività delle leggi sullo stato e sulla capacità personale si ha principalmente di mira quella efficacia di esse leggi che consiste nel far sì che una persona la quale in virtù del suo stato aveva un certo diritto in confronto di altra non lo abbia*

più d'ora innanzi, pur rimanendo in quello stato; o che un'altra persona la quale al verificarsi di date circostanze avrebbe potuto agire in un dato modo in confronto di altra non lo possa più d'ora innanzi se di quella facoltà non ha già fatto uso. Inoltre le leggi sullo stato fanno cessare immediatamente qualunque stato svantaggioso che più non riconoscono, perchè in questo non possono trovare ostacoli in diritti acquisiti.

Dice l'autore che la teoria della retroattività delle leggi concernenti lo stato e la capacità delle persone, ha radice nel Diritto Romano, benchè lo Schaaf sostenga un'opinione diversa, in base ad alcune leggi che l'autore spiega, osservando che alcune volte Giustiniano per ragione di equità e di pratica opportunità si è scostato dai principii generali di diritto. Passa quindi ad esporre il concetto del diritto acquisito nelle materie di stato personale, e premette che la questione non ha per oggetto i negozi compiuti prima dell'emanazione della legge nuova in virtù di una capacità prima riconosciuta, essendo tutti d'accordo nell'ammettere la validità di tali negozi; ma riflette la possibilità di porne in essere dei nuovi; cioè di conservare la capacità dopo l'emanazione della nuova legge che più non la riconosce. In proposito alcuni si attengono alla distinzione fra capacità e stato; concetti che non si possono separare; la Cassazione di Parigi disse che non si applicano retroattivamente quelle leggi sullo stato personale che peggiorano la condizione delle persone, opinione che viene respinta dall'autore; il Lassalle infine dice esser diritto acquisito qualunque capacità giuridica conseguita mediante un atto di libera volontà; ma poi trasforma la sua teoria insegnando che le leggi sullo stato personale sono tutte retroattive quando sieno assolute, cioè ove escludano dal campo del diritto personale una qualunque facoltà componente lo stato delle persone; e l'autore dimostra che secondo questa opinione non sarebbero più possibili diritti acquisiti in questa materia. L'autore dice che lo stato personale, una volta acquistato, deve esser rispettato dalla legge nuova, perchè aumenta la dignità personale che interessa non meno del benessere materiale; ed accetta la dottrina della Cassazione di Roma, che sono diritti personali acquisiti quelli che appartengono immediatamente alla persona rivestita di un determinato stato personale, che sono ad essa direttamente vantaggiosi, e che costituiscono la vera sostanza dello stato medesimo. Nota però che lo stato personale non è materia nè fonte di diritti quesiti nei rapporti politici, perchè le leggi riguardanti interessi pubblici devonsi sempre applicare immediatamente. Nota pure che le sentenze che in ragione di pena diminuiscono lo stato personale, non possono essere toccate o modificate negli effetti da posteriore legge più mite; mentre negli altri casi le sentenze non sono di ostacolo alla retroattività di simili

leggi. Parla quindi della capacità e dello stato subiettivamente considerati, accennando alle leggi sulla abolizione della schiavitù, ed a quelle che regolano l'estimazione civile, che dovrebbero tutte ricevere immediata ed ampia applicazione, e quindi passa a trattare della cittadinanza; e dice che è un vero diritto quesito se acquistata per naturalizzazione; e se è acquistata per nascita è intangibile perchè non si può supporre una legge che l'abolisca, stantechè distruggerebbe lo Stato. Insegna che ogni nuova legge intorno ai modi di acquisto della cittadinanza si applica immediatamente a tutti coloro che non essendo cittadini vorrebbero diventarlo quand'anche ne avessero già fatto domanda; però se l'applicazione di tale principio avesse per conseguenza di far perdere ad uno straniero la sua cittadinanza, la legge nuova non si potrebbe ragionevolmente applicare, senza un fatto nuovo della persona di che si tratta; dacchè in caso diverso essa, senza sua colpa, vedrebbesi spogliata di una qualità che è per lei intangibile. Questa regola può subire eccezione allo scopo di porre in armonia la legislazione dello Stato con quella di un paese straniero; per es., sarebbe applicabile immediatamente anche ai matrimoni passati l'art. 14 del Cod. civ. italiano.

Parlando degli effetti della cittadinanza, dice l'autore che possono essere modificati da una legge posteriore, e siccome fra tali effetti vi è l'obbligo di pagare le imposte, e di prestare il servizio militare, insegna che il ritardato pagamento, o la ritardata prestazione del servizio, non possono obbligare il cittadino ad una prestazione più gravosa di quella prefissa al tempo debito, quantunque nella mora la legge sia cambiata, ed abbia imposto l'onere maggiore. Dice pure che le esenzioni militari già ottenute, e più non riconosciute da una legge nuova, non costituiscono diritti quesiti perchè non introdotte per recare utilità ad un individuo e perchè aventi carattere politico. Nel silenzio del legislatore per altro non si può ritenere che egli abbia voluto far cessare simili esenzioni.

Parla poi delle leggi abolitive della morte civile che non hanno effetto sulle condanne già pronunciate, e di quelle che aboliscono le incapacità dei religiosi, che pure non tolgono gli effetti della incapacità precedente; e circa l'assenza pone il canone che ogni nuova legge sulle assenze si deve applicare non solo a quelle posteriori alla sua attuazione, ma anche alle precedenti, che tuttora continuano, senza che si possano da una legge nuova revocare i diritti acquistati definitivamente sui beni di un assente, sebbene si tratti di diritti risolubili. E parlando dell'art. 26 del Cod. civile manifesta l'opinione che per conoscere gli eredi cui si deve dare il possesso provvisorio non si deve stare alla legge vigente al momento delle ultime notizie, ma a quello del tempo della concessione. Noi non possiamo dividere tale opinione, perchè il sistema della legge

è di considerare aperta la successione al momento delle ultime notizie; e le posteriori dichiarazioni giudiziali si retrotraggono a questo momento; e per ciò solo la legge imperante nel momento stesso può designare le persone chiamate eventualmente alla eredità. L'autore dice che le parole della legge: *quelli che sarebbero stati eredi se l'assente fosse morto nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza*, debbono essere intese solo nel senso che si debba badare a quel giorno per trovare fra le persone esistenti gli eredi, ma non nel senso di indicare anche la legge successoria; ma questa distinzione che sarebbe anormale nel diritto successorio, non ci sembra giustificata. Parla in seguito delle leggi che limitano la capacità delle donne, che sono immediatamente applicabili; e di quelle che regolano la condizione dei minori che sono sempre le attuali; applicandosi però ai singoli atti quelle che vigevano al momento della loro attuazione. Anche la durata della minor età è sempre regolata dalla legge attuale; però se una nuova legge la protrae, chi ha di già raggiunto la maggior età al momento della sua attuazione non la perde; così la pensa l'autore, benchè vi sia in proposito grande discrepanza fra i trattatisti.

Trattando successivamente delle tutele l'autore insegna che le leggi che le regolano si applicano immediatamente anche a quelle già aperte, e a tutte le persone che ne sono soggette, anche se chiamassero ad esercitarle persone diverse di quelle già investite dell'ufficio, o se designassero autorità diverse per concorrere nell'esercizio; e stabilissero differenti modi di amministrazione. Dice anche l'autore, che se una legge introduce la tutela del prodigo a vece della semplice curatela, si applica anche ai prodighi già dichiarati. Soggiunge poi coerentemente alla dottrina già esposta, intorno alla maggior età, che lo stato di emancipazione dalla tutela deve sempre esser rispettato dalla legge nuova; e che dovrebbero essere applicate immediatamente anche ai minori già esistenti quelle leggi che li sottoponessero alla tutela, mentre prima eran soggetti a potestà più grave, per es. alla patria potestà della madre, senza che costei possa parlare di diritto quesito, perchè quella potestà non era riconosciuta per il vantaggio di lei, ma in favore del minore.

I principii sopraesposti intorno alla tutela si applicano anche alle interdizioni ed alle inabilitazioni; ed insegna l'autore che se una legge nuova ammette l'interdizione in un caso in cui la precedente ammetteva solo l'inabilitazione, o viceversa, restano ferme le sentenze antecedenti, finchè non se ne siano pronunciate altre in conformità della legge novella. E difende tale opinione contro tutte le obbiezioni, e con ragionamento esatto e preciso. Resta sempre che gli atti anteriori a tali nuove sentenze sono governati dalla legge sotto la quale sono stati posti in essere.

I diritti e le prerogative politiche non costituiscono mai diritti acquisiti, salvo l'obbligo di indennizzare i possessori di diritti politici che interessano il patrimonio, nel caso che si volessero abolire, come avvenne p. es. per l'abolizione della schiavitù.

VIII.

In un altro capitolo l'autore parla dello stato e della capacità delle persone considerate in relazione alla famiglia; e prima di tutto degli sponsali che sono attinenti al matrimonio, e perciò al diritto personale, e dei quali espone brevemente le vicende, e quindi pone in essere e dimostra ed applica i seguenti principii: « che gli effetti degli sponsali, cadenti sotto l'impero di una legge matrimoniale diversa da quella sotto l'impero della quale furono posti in essere, devono essere esclusivamente regolati dalla prima legge, cioè da quella vigente al momento che se ne reclamano gli effetti. Però per rispetto alla obbligazione patrimoniale nascente dalla inesecuzione della promessa, la nuova legge non può applicarsi agli sponsali posti in essere e non ancora eseguiti sotto l'impero della legge precedente, se non nel caso che le due leggi non differiscano nel regolare la principale obbligazione, cioè quella di contrarre matrimonio. Le leggi abolitive della obbligatorietà degli sponsali si applicano non solo alle domande già in corso; ma impediscono anche l'esecuzione delle sentenze già pronunciate ».

Nei matrimoni, dice l'autore, le nuove leggi sui requisiti e sulle formalità ricevono immediata applicazione, tranne per le formalità già compiute, e della validità del matrimonio stesso si giudica sempre secondo la legge vigente al tempo in cui è stato conchiuso; e con solidi argomenti respinge la teoria della convalidazione dei matrimoni passati quando la legge abolisce qualche impedimento che ostava alla loro validità. Anche gli effetti della nullità del matrimonio si desumono dalla stessa legge, secondo la quale si giudica se il matrimonio sia inesistente, nullo od annullabile, o se possa essere convalidato; tranne per le quistioni di forma per ottenere la convalidazione o la dispensa, nelle quali la nuova legge riceverebbe immediata applicazione.

Se la legge vecchia accordava ad una persona diversa dai coniugi, per es. al padre di uno di essi, il diritto di domandare la nullità di un matrimonio, e la legge nuova no, questa si applicherebbe immediatamente perchè il terzo non potrebbe vantare come quesito un diritto che la legge gli accordava non per suo vantaggio; nel caso opposto la legge nuova non potrebbe trovare applicazione ai matrimoni antecedenti. Il diritto spettante agli eredi di un coniuge

di domandare la nullità del matrimonio si regola secondo la legge dell'aperta successione, perchè, sebbene abbia attinenza al diritto matrimoniale, è in sostanza un diritto successorio.

Coerentemente alle cose prima esposte insegna l'autore che lo stato di coniuge che importa l'obbligo della assistenza, e l'esclusione dell'arbitrario scioglimento del matrimonio, una volta acquistato conformemente alla legge vigente, non può essere perduto, perchè una legge posteriore abolisca la prima. Invece i rapporti personali tra coniugi, per es. l'obbligo del marito di alimentare la moglie, il divieto a questa di obbligarsi senza l'assistenza del marito, ecc., sono regolati dalla legge vigente al momento in cui sorgono, e non da quella sotto cui il matrimonio è stato conchiuso; la quale ultima legge, invece, regola i rapporti di diritto patrimoniale tra i coniugi stessi. Circa la separazione e le cause della stessa e gli effetti, l'autore dice che in generale se ne deve giudicare secondo la legge nuova; notando però che nessuna causa di separazione introdotta dalla legge nuova potrà essere applicata ad un matrimonio anteriore, ove ella non siasi almeno in parte verificata sotto la legge che la introdusse; e che se una legge introducesse una causa di separazione totalmente riposta nell'arbitrio di uno dei coniugi, non la si potrebbe applicare ai matrimoni antecedenti.

Circa il divorzio, dice l'autore essere principio generalmente ammesso che una legge la quale lo introduca o lo abolisca, oppure ne muti le cause deve essere applicata anche ai matrimoni conchiusi prima della sua attivazione, quando però le cause nuove del divorzio non stiano totalmente nell'arbitrio di uno dei coniugi; nel qual caso si trasformerebbero sostanzialmente in cause di ripudio, e non potrebbero applicarsi ai matrimoni già conchiusi senza togliere loro l'essenzialissimo effetto che nessuno dei coniugi possa abbandonare l'altro arbitrariamente, ciò che costituisce pei coniugi stessi un vero diritto acquisito per effetto dell'atto di matrimonio. Quindi l'autore si propone la quistione assai dibattuta se nell'applicare ai matrimoni precedenti una legge nuova introduttiva del divorzio o di una nuova causa di esso, sia necessario che tal causa siasi verificata dopo l'attuazione della legge stessa, e dice che la legge nuova non può attribuire effetti ai singoli fatti compiuti e finiti sotto l'impero della legge precedente, tranne nel caso di fatti *durevoli*, o che protraggono i loro effetti anche al di là della durata della legge sotto la quale incominciarono; come sarebbero le ingiurie abituali, l'incompatibilità del carattere e le condanne penali non ancora interamente scontate. Le leggi abolitive o modificative delle cause di divorzio operano anche sulle azioni pendenti e non ancora decise; e le nuove leggi regolano sempre gli effetti del divorzio, e dimostra l'autore che, abolita la legge che vieta le nozze fra i due divorziati,

costoro si possono riunire quantunque il loro divorzio sia stato pronunciato secondo la legge antecedente.

Passa poscia l'autore ad esporre le teorie di gius transitorio nei rapporti tra genitori e prole; e comincia col dire che della presunzione di legittimità del figlio partorito dalla moglie o in costanza o dopo sciolto il matrimonio si giudica secondo la legge vigente all'epoca della nascita. Invece le prove della nascita devono, come dice l'autore, essere regolate dalla legge vigente al tempo in cui si assumono, in qualunque epoca siano avvenuti i fatti da provarsi, a meno che nella persona di cui si tratta siansi avverate sotto l'impero della legge precedente circostanze di fatto le quali a termini di essa legge erano in pari tempo prove precostituite dello stato personale in quistione ed elementi del medesimo; come sarebbe la disposizione dell'art. 173 Codice civile. Simili prove precostituite si giudicano sempre secondo la legge, vigente la quale sono state poste in essere.

Dice l'autore che la patria potestà, non introdotta a vantaggio di chi ne è investito, non costituisce mai per costui un diritto quesito, e però va sempre regolata secondo le leggi nuove, tranne se urtasse contro un diritto acquisito, per es. la legge che ne protraesse la durata, non sarebbe applicabile ai figli diventati *sui juris* secondo la legge precedente. Invece sarebbe applicabile immediatamente a tutti i minori la legge che non facesse che cambiare in patria potestà la tutela della madre vedova, quantunque costei venisse ad acquistare l'usufrutto legale; dacchè tutti i diritti e tutti i doveri dei genitori si regolano secondo la legge vigente e non secondo quella sotto cui la patria potestà è nata od il matrimonio è stato conchiuso; e così pure dicasi della cessazione della patria potestà, e dell'obbligo degli alimenti tra parenti.

Quanto alle adozioni l'autore insegna che per la forma e la capacità delle parti sono regolate dalla legge vigente al tempo in cui si conchiudono, perchè questo è un elemento contrattuale dell'istituto; invece delle relazioni personali tra adottante ed adottato si giudica secondo la legge vigente al momento in cui nasce il caso da decidersi; principio che però soffre molte restrizioni.

IX.

Tratta in seguito l'autore della prole illegittima; e pone questi principii: « Nessuna legge posteriore può considerare insufficiente a produrre i suoi essenziali effetti personali un riconoscimento fatto nei modi voluti dalla legge vigente ». È applicabile anche alla prole già nata la legge che restringa la facoltà del riconoscimento, esclu-

dendone, per es., la prole adulterina; lo che però non toglierebbe effetto ai riconoscimenti già fatti.

Dice esser quistione grave se sia retroattivo il divieto della ricerca della paternità, introdotto da una legge nuova, cioè se sia applicabile alla prole già nata, e seguendo la dottrina del Savigny e dell'Unger adotta l'opinione affermativa; soggiungendo però che si potrebbero anche dopo la pubblicazione della legge nuova, proseguire i giudizi in corso; poichè sebbene per regola le leggi personali retroattive arrestino le azioni proposte, sulle quali non si sia ancora pronunciato definitivamente, tal regola soffre eccezione quando l'effetto cui mira l'attore è un suo vantaggio vero e proprio. Insegna poi essere applicabile anche alla prole già nata la legge che permette le indagini sulla paternità prima vietate; e che circa le prove si deve sempre stare alla legge del tempo in cui la relativa contestazione si deve decidere. La nostra legislazione transitoria seguì un principio diverso.

I diritti dei figli naturali verso i genitori sono regolati dalla legge attuale, giusta la dottrina dell'autore, che combatte la teoria di coloro che credono tali diritti essere radicati in un quasi delitto, mentre invece sono attinenti al gius personale. I diritti della madre illegittima verso il padre, ove la legge ne ammetta, sono acquisiti dal momento del concepimento, e regolati dalla legge in quell'istante vigente, in qualunque tempo il parto avvenga.

Quanto alla legittimazione l'autore insegna che se ne deve sempre giudicare secondo la legge del tempo in cui il decreto è stato emanato, o il matrimonio è stato conchiuso; e se una nuova legge introduce la legittimazione per *subsequens matrimonium*, ne approfittano anche i figli naturali riconosciuti, i cui genitori si siano antecedentemente maritati, trattandosi non di un vero effetto del matrimonio, sebbene di uno stato personale dei figli. Se la nuova legge differisce dalla precedente nel determinare i casi o gli estremi della legittimazione per susseguente matrimonio, viene applicata ad ogni legittimazione di tal genere non ancora compita.

X.

In una lunga appendice a questo libro espone l'autore la teoria della retroattività in materia penale, dicendo essere oggidì generalmente accolti i principii che la legge penale non può avere effetto retroattivo nel senso che nessuna azione può essere dichiarata reato, nè il suo autore può essere punito se non in virtù di una legge anteriormente pubblicata e messa in vigore, e che nella diversità delle leggi vigenti al tempo del commesso reato ed a quello del giudizio, si applica sempre la più mite; e fa la storia di tale prin-

cipio, esponendo le dottrine accolte dal Diritto Romano, dal Diritto Canonico, dai giureconsulti italiani dal secolo XIII al XV, dai giureconsulti moderni fino alla fine del secolo XVIII; quindi espone le teorie di alcuni moderni autori, nonchè le sue proprie vedute filosofiche sulla pena, dicendo che la pena è il ristabilimento dell'ordine morale richiesto dalla necessità della difesa sociale; cercando così col Rossi, coll'Hélie, coll'Haus e col Trébutien di conciliare la teoria morale con quella politica; ma l'autore fa su questa via un passo più innanzi e dimostra che il concetto dell'ordine morale di relazione è tutt'uno con quello civile e sociale. La pena, giusta tale dottrina, non ha altra misura che l'entità morale del delitto, e per ciò ogni legge penale dovrebbe essere retroattiva anche se più rigorosa, ed anche se punisse azioni prima impunite, perchè il nuovo aggravamento sarebbe richiesto dalla coscienza morale offesa dalla antecedente impunità o mitezza. Però ragioni politiche estranee alla filosofia del diritto penale, consigliano di escludere dalla retroattività le leggi penali, per togliere al legislatore il mezzo di esercitare vendette o di sfogare odii o passioni di partito.

Parla in seguito l'autore delle leggi penali passeggiere, che non possono mai riguardare i veri crimini, tali di fronte alla morale assoluta, e non per circostanze transeunti, le quali potrebbero solo consigliare degli aggravamenti di pena che non si dovrebbero più applicare quando la legge passeggiera non fosse più in vigore. Temporanee invece possono essere le pene comminate per viste di polizia, e dice l'autore che si dovrebbero applicare a chi viola le leggi sebbene il giudizio abbia luogo quando esse hanno cessato di avere vigore; tranne se si trattasse di un semplice aggravamento di pena temporaneo.

Combatte in seguito l'autore la teoria che la legge intermedia tra il commesso reato ed il giudizio, se più mite si debba applicare; dicendo che non vale qui il principio che sconsiglia la retroattività della legge più severa, cioè il timore che il legislatore aggravi la pena per esercitare ingiuste persecuzioni; ragione che a nostro avviso non sta; perchè potrebbe il legislatore a quello scopo revocare la legge più mite e ritornare alla più severa.

Dice l'autore che la legge più mite si applica in qualunque stadio si trovi il giudizio, anche se in Cassazione; anzi l'idea astratta di giustizia vorrebbe si applicasse anche ai casi già giudicati, ma tale principio, in così frequenti mutazioni del diritto penale, porterebbe troppo grave scossa all'autorità della cosa giudicata, e perciò la maggior parte degli scrittori non l'accettano. Peraltro l'autore per mettere in armonia le esigenze della giustizia con quelle della pratica attuabilità, dice che il legislatore dovrebbe stabilire che nessuna pena abolita possa essere applicata neppure in virtù di

precedenti sentenze; che non si possa eseguire una condanna per un reato non più considerato tale; indicare quando si riformi in tutto od in parte il sistema delle pene, quali tra le diminuzioni introdotte vadano a profitto dei già condannati, e determinare i metodi pratici per queste applicazioni.

Nota l'autore che la retroattività della legge penale non tocca l'azione civile, che è vero e proprio diritto quesito.

Insegna pure che la maggiore o minore gravezza della legge penale non si deve ricercare esaminando la legge in astratto, ma applicandola al caso concreto, per vedere se una o l'altra renda o meno possibile la punizione del reo, e se con pena più o meno grave; e trattandosi di leggi formali, se una o l'altra renda impossibile la condanna, se faciliti più o meno il sistema di difesa. Avvertendo che in niun caso si possono applicare al delinquente contemporaneamente in differenti punti le disposizioni di due leggi differenti; e che la legge che richiede per la persecuzione di un reato l'istanza privata è sempre più mite di quella che ammette l'istanza pubblica.

Quanto alla prescrizione dell'azione penale l'autore accetta l'opinione che si debba stare alla legge più favorevole, mentre nella prima edizione aveva sostenuto doversi sempre stare alla legge attuale. Per la prescrizione della pena invece opina doversi attenere alla legge vigente quando la pena è stata inflitta, eccetto il caso che la nuova legge dichiari prescrittibile una pena che prima non lo era. Circa la competenza, dice l'autore, si deve sempre stare alla legge vigente al momento del giudizio, tranne se colla nuova legge non si varii solo la competenza, ma si aggravii la pena o si diminuiscano i mezzi di difesa.

Parla in seguito dei reati che constano di più elementi, dei reati permanenti e dei reati continuati, e dice doversi giudicare secondo la legge vigente quando si sono commessi gli ultimi fatti. Pei reati abituali, invece, cioè per quelli pei quali la moltiplicità degli atti illeciti non è l'esplicamento di un'unica risoluzione criminosa, ma informa il reato e ne costituisce il carattere essenziale, come l'abitudine nel reato di usura, dice che tra le diverse leggi sotto le quali avvennero i fatti che costituiscono l'abitudine, si deve applicare la più mite; e per quanto attiene alla prescrizione stare alla legge vigente al momento in cui l'ultimo fatto è stato commesso.

Seguono alcune norme per determinare la maggiore o minore gravezza della pena, e quindi l'autore parla della recidiva accettando l'opinione comune che la si debba ammettere anche riguardo a reati commessi sotto una legislazione anteriore; se però per la recidiva si richiedesse l'identità, o l'omogeneità del fatto, la si dovrebbe desumere dalla legge vigente quando viene ammessa,

perchè è dessa una qualifica dell'ultimo reato, non una conseguenza del primo; e per qualificare il primo reato non si deve stare materialmente alla sentenza che lo ha constatato, ma fa d'uopo esaminare le sue circostanze costitutive e metterle in relazione colla legge nuova. Parla in seguito delle prove, che sono per regola rette dalla legge vigente quando si assumono, tranne se si trattasse di vedere se certi mezzi di prova siano ammissibili contro l'imputato, nel qual caso si deve applicare la legge più favorevole all'imputato stesso. Così pure le leggi processuali sono per regola retroattive, anche se riguardo all'arresto provvisorio fossero più rigorose delle precedenti. Per altro gli atti processuali già consumati non possono essere annullati; e gli atti già cominciati col rito antico, devono secondo questo ultimarsi. Dei rimedi ammissibili contro una sentenza si deve sempre giudicare secondo la legge vigente allorchè è emanata.

PROVINCIA DI TORINO

XI.

Nel Libro secondo, che forma la materia contenuta nel terzo volume, tratta l'autore dei principii di gius transitorio reale, e, premessa una breve introduzione, nella quale definisce il diritto reale ed assegna i limiti delle quistioni ai diritti reali attinenti, dice che tutte le leggi concernenti le qualità giuridiche delle cose materiali si applicano immediatamente a tutte le cose esistenti, e secondo le leggi vigenti al momento dell'acquisto dei diritti si giudica della possibilità dei diritti stessi; per cui non si potrebbe, per es., compiere la prescrizione in corso di un diritto su cosa, ove la legge subentrante più non ammettesse il diritto stesso; nota però l'autore che non si deve confondere l'acquisto dei diritti coll'esercizio dei diritti già acquisiti, esercizio sempre ammesso anche pei diritti non più riconosciuti; a meno che il legislatore, per ragioni di pubblica utilità, stabilisse diversamente.

Parlando in seguito delle leggi introduttive di nuovi diritti reali, dice l'autore che ricevono immediata applicazione, ma non possono modificare gli effetti vantaggiosi già attuati mediante fatti o contratti accaduti sotto l'impero delle leggi precedenti, e non possono attribuire per lo passato effetti nuovi a fatti permanenti cominciati sotto le leggi che prima erano in vigore. In generale, nessuno può accampare un diritto quesito ad un dato uso di una cosa senza averlo praticato e posto in essere. Anche le leggi abolitive di diritti reali ricevono immediata applicazione ai diritti esistenti. Parlando poi della trascrizione, che non è condizione da cui dipenda il vero e proprio effetto della trasmissione del diritto reale, ma un mezzo per regolare i conflitti dei diritti conferiti da un

medesimo alienante sulla medesima cosa a differenti persone, dice che le leggi che la introducono o la aboliscono possono venir applicate anche ai diritti reali già costituiti, purchè l'azione delle medesime non si estenda a conflitti già sorti fra quei diritti ed altri prima del giorno della loro attuazione.

Insegna poscia che una legge nuova non può introdurre nuovi modi con cui si perdono diritti reali già costituiti, ma può stabilire nuove forme e modi per esercitarli, anche se l'inosservanza porta seco la perdita del diritto stesso.

Tratta successivamente dell'estensione e degli effetti dei diritti reali, che per regola generale si devono misurare dalla legge vigente al momento dell'acquisto, notando però che i singoli effetti di un diritto reale vanno considerati come diritti a sè, che non possono dirsi quesiti finchè non sieno stati esercitati, oppure non sieno stati espressamente o tacitamente, ma indubbiamente dedotti nell'originaria convenzione. Avverte che bisogna distinguere i veri e propri effetti del diritto reale da quelli che dipendono solo dal titolo su cui il diritto stesso si fonda; ed infine esclude l'influenza della legge intermedia in questa materia.

Passa poi in rassegna i singoli diritti reali, cominciando dalla proprietà, e dice applicabili anche alle cose esistenti le leggi che ne determinano la appropriabilità; per es. una legge che separando la proprietà del soprassuolo, da quella del sottosuolo, avochi questa allo Stato che lo possa poi liberamente concedere, si applicherebbe anche alle miniere di già aperte, salvo l'obbligo di indennizzare chi verrebbe ad essere privato del suo diritto.

Secondo la legge nuova, insegna l'autore che si devono regolare i modi di far valere il diritto di proprietà, le facoltà che spettano al proprietario per l'esercizio del suo diritto, quando il proprietario stesso non ne abbia già precedentemente fatto uso convertendole in diritti quesiti; l'estensione della proprietà, l'ammissibilità dell'espropriazione per pubblica utilità e simili. Invece la capacità di acquistare e di trasmettere la proprietà, la capacità di essere proprietario, la validità dei titoli e dei modi di acquisto sono regolati dalla legge vigente al tempo di ogni singolo acquisto.

Parla poi della comunione, e dice che l'origine e gli effetti della stessa, cioè la misura dei diritti di ciascun condomino, si regolano secondo la legge vigente al momento nel quale la comunione ha principiato, perchè ha natura contrattuale; invece si applicano anche alle comunioni esistenti le nuove leggi che stabiliscano solo qualche limite all'esercizio dei diritti di comproprietà e che abbiano carattere di vere e proprie leggi reali. Se la comproprietà è perpetua di sua natura, si applica ad essa ogni nuova legge che la faccia cessare o ne limiti la durata.

Della possibilità del possesso, insegna l'autore, si deve giudicare secondo la legge del tempo rispetto al quale il possesso viene affermato; invece si applicano retroattivamente le leggi che regolano le azioni possessorie; e della buona fede del possessore rispetto all'obbligo di restituire i frutti percetti si giudica secondo la legge vigente in ciascun periodo della percezione.

Parlando delle servitù insegna l'autore che si applicano immediatamente a tutti quanti gli immobili le nuove leggi che stabiliscono servitù legali, lo che però non importa che si possano far demolire fabbriche erette quando la legge lo permetteva. Le leggi abolitive delle servitù reali si applicano anche alle servitù esistènti, tranne se a costituirle abbia concorso una convenzione, oppure chi ne gode abbia manifestato con fatti o segni la volontà di acquistarle. Lo stesso deve dirsi delle nuove leggi che modificano l'estensione delle servitù. Delle servitù personali si giudica sempre secondo la legge che ne governa il titolo costitutivo.

Parla poi diffusamente della servitù di presa d'acqua, sia sulle acque pubbliche sia sulle acque private, ed applica i principii antecedentemente posti a molti casi con esattezza ed acume; e passa in seguito a trattare dell'uso e dell'usufrutto, che dice essere in generale regolati dalla legge del tempo in cui sono stati costituiti, distinguendosi in ciò dalle servitù prediali, perchè sebbene anche l'uso e l'usufrutto sieno diritti reali, pure l'usuario e l'usufruttuario non esercitano sulle cose atti peculiari e specifici, ma in generale non fanno che esercitare in parte più o meno larga gli stessi diritti del proprietario, al quale si surrogano, e la relazione tra la persona dell'usufruttuario dall'una parte e quella del proprietario dall'altra, prevale alla relazione tra la persona e la cosa; vale a dire vengono considerati come diritti dipendenti da relazioni personali, e come tali soggetti alla legge da cui è governato il titolo che li ha costituiti. Però l'usufrutto dipendente da una qualità personale può essere fatto cessare da una legge che più non lo attribuisca, per es. l'usufrutto dipendente dalla patria potestà.

Passa poi a parlare del pegno, delle ipoteche e dei privilegi, e premesso che pegni, privilegi ed ipoteche una volta costituiti secondo la legge vigente, sono irrevocabili, sebbene la legge successiva ne sottragga gli oggetti su cui sono attuati, dice che della validità formale delle ipoteche si deve sempre decidere secondo la legge vigente nel giorno in cui l'acquisto sia stato perfezionato, e circa gli effetti distingue quelli del diritto da quelli del titolo, dicendo che gli ultimi sono regolati dalla legge vigente quando il titolo è posto in essere, mentre per gli altri si seguono i principii di gius transitorio reale. Concernono il titolo le quistioni di priorità, nelle quali vale il principio che il grado assegnato alle ipoteche dalla

legge vigente il giorno in cui ne fu acquistato il diritto, non può andar perduto, se le condizioni della legge sono state pienamente adempiute. Lo stesso dicasi della surroga nel grado di un'ipoteca altrui. Soggiunge che il diritto quesito d'ipoteca si applica solo ai crediti a cui è stato attribuito; ed una legge posteriore che ne restringesse od estendesse l'efficacia, per es. comprendendo un numero maggiore di annualità di interessi, non avrebbe efficacia sulle ipoteche esistenti; esamina ed approva la disposizione dell'art. 42 della legge transitoria italiana intorno alla riducibilità delle ipoteche; e poi combatte l'opinione che una nuova legge che aumenti l'estensione dei beni su cui cade l'ipoteca legale si debba applicare anche alle ipoteche già costituite. Insegna per contro che l'ipoteca si estende a tutto ciò che la nuova legge dichiara accessione, mentre non si applica alle ipoteche precedenti quella legge nuova che ritiene vincolate ai creditori ipotecari le somme dovute dagli assicuratori per rovina o deterioramento delle cose ipotecate. Nella prima edizione dell'opera aveva seguìto un'opinione diversa. Abbandona pure in quest'edizione l'opinione seguìta precedentemente, che sia applicabile alle ipoteche anteriori la legge che introduce per la prima volta il diritto del creditore di domandare un supplemento d'ipoteca o il pagamento del credito, per la perdita delle cose vincolate.

Tutti gli autori ammettono che sia applicabile, anche alle ipoteche antecedenti, la legge nuova che introduce l'obbligo della iscrizione, purchè l'ipoteca non avesse già prodotto tutto il suo effetto, lo che non avviene coll'aggiudicazione nel giudizio di esproprio, come sostengono alcuni, ma solo col pagamento del prezzo o col deposito della somma dovuta. Lo stesso deve dirsi del processo di purgazione. Le leggi che regolano le forme e i modi delle iscrizioni, e quelle intorno alla necessità delle rinnovazioni si applicano anche alle iscrizioni ipotecarie antecedenti, tranne se vi siano disposizioni transitorie in senso diverso. Si applicano, giusta l'insegnamento dell'autore, anche alle ipoteche concesse antecedentemente, i termini stabiliti da una nuova legge per la validità delle ipoteche inscritte *in limine* di un fallimento, tranne se si trattasse di termini portati dalla legge che introduce per la prima volta il sistema di pubblicità delle ipoteche.

Gli atti e le forme per esercitare il diritto di ipoteca o di pegno, come le regole ed i limiti per l'espropriazione forzata, si desumono sempre dalle leggi vigenti nel tempo in cui quegli atti o quelle forme vengono adoperate, ancorchè ne derivasse una sensibile differenza nel valore economico della ipoteca; ed in questo l'autore muta l'opinione sostenuta nella prima edizione; e la cambia pure nella dibattuta quistione dell'applicabilità dell'articolo 2011

Cod. civ. alle ipoteche acquistate sotto una legge che non conteneva disposizione simile. Egli ora sostiene l'opinione affermativa, contro la quale però si è spiegata la giurisprudenza negli ultimi tempi.

Quanto alle ipoteche legali nuovamente introdotte, l'autore insegna che non possono applicarsi fuorchè ai negozi futuri, tranne nel caso che fossero un accessorio di una relazione personale. Lo stesso deve dirsi dei privilegi. Se però una nuova ipoteca viene introdotta a favore dello Stato, si applica immediatamente, perchè una tale disposizione sarebbe d'indole politica, si fonderebbe sulla signorìa dello Stato sull'individuo, che non può essere limitata con criteri di mero diritto privato.

Quanto all'estinzione delle ipoteche, dice l'autore che se la si deduce dall'estinzione del debito, o dal contratto costitutivo, o da un patto posteriore, si deve seguire la legge vigente all'epoca della costituzione dell'ipoteca o della stipulazione del patto; e se la si deduce dalla natura del diritto reale, si devono applicare le teorie generali della retroattività in materia di diritti reali.

Chiude questa parte del trattato l'esposizione del diritto transitorio delle enfiteusi e delle superficie; e l'autore, rilevando il duplice aspetto sotto il quale tali diritti possono essere considerati, cioè di diritti reali e di contratti, dice che per quanto attiene al diritto transitorio, il primo aspetto prevale pei diritti dell'utilista, il secondo per quello del direttario, e dà le ragioni della differenza; notando però che se per regola i diritti del direttario si desumono dalla legge vigente quando l'enfiteusi è stata costituita, il principio è stato spesso violato per ragioni d'ordine pubblico ed economiche, ed espone le vicende a cui l'istituto è andato soggetto, e le varie leggi transitorie emanate nei successivi passaggi, encomiando specialmente l'art. 30 della legge transitoria italiana.

XII.

In un'appendice l'autore tratta di quelle che egli chiama leggi reali improprie, cioè di quelle leggi che pure non concernendo diritti reali privati, sono efficaci immediatamente sulle persone o sulle cose; quali sono le leggi di natura politica, cioè quelle che regolano la costituzione politica dello Stato ed i diritti e doveri dei cittadini sotto questo aspetto; le leggi attinenti alla pubblica amministrazione; quelle che regolano bensì diritti di privata spettanza, ma con meri criteri di pubblica convenienza, come sarebbero le leggi sulla proprietà letteraria, sulla proprietà industriale, sulla caccia, sulla pesca, sui boschi. In materia di tasse nota essere canone generale di diritto transitorio, che l'ammontare delle stesse e la persona obbligata a pagarle si

desumono dalla legge sotto la quale sono posti effettivamente in essere li atti od affari colpiti, e quindi per le successioni, donazioni, ecc. vincolate a condizione, si ha riguardo alla legge imperante nel momento in cui la condizione si verifica. Diversa soluzione si deve adottare per il caso che trattisi solo di contratto soggetto ad approvazione. Quindi, dopo aver posto il principio che lo Stato è obbligato ad indennizzare i danni che soffrono gli investiti di diritti che vengono manomessi per ragione di pubblica utilità, in misura diversa a seconda che il Demanio pubblico si è arricchito o meno colla manomissione, tratta la dibattuta questione dell'obbligo per parte delle pubbliche amministrazioni di compensare i danni arrecati indirettamente disponendo di cose demaniali destinate ad uso pubblico, per esempio abbassando il suolo stradale, ed accetta la risoluzione affermativa, considerando la quistione da un punto di vista nuovo, cioè osservando che il diritto del Demanio sui beni di uso pubblico è più esteso di quello dei privati sui beni loro, in quanto che non può essere limitato nè da regolamenti o disposizioni, intese a tutelare i diritti dei vicini, nè da servitù che allo stesso effetto costoro possano acquistare, e perciò lo definisce per diritto di usare e di abusare della cosa sua anche con danno dei vicini, elemento che non può introdursi nella definizione della proprietà privata; e per ciò rapporto ai vicini l'esercizio di quel diritto è eguale a quello con cui la società invade la proprietà privata per ragioni d'interesse generale, dacchè tanto vale il togliere ad alcuno ciò che gli appartiene quanto l'impedire che lo possa conservare. Da ciò deriva l'obbligo dell'indennizzo, perchè gli oneri dei cittadini devono essere egualmente distribuiti, e non sarebbe giusto che uno dovesse risentire danno perchè la sua proprietà confina con un terreno demaniale.

XIII.

Il Libro terzo contiene i principii di gius transitorio in materia di successione; e l'autore comincia col dare il concetto della successione per causa di morte, e col parlare dei vari titoli della medesima, e quindi dice che anche in materia di successione un diritto una volta quesito non puo esser tolto; e soggiunge che il diritto a succedere si acquista colla morte del *de cujus*, il diritto alla successione non si acquista che il giorno in cui il successore, erede o legatario, ha dimostrato di voler far uso del diritto trasmessogli, e ciò malgrado il principio del diritto moderno, *le mort saisit le vif*, del quale l'autore espone l'origine, mostra il nessun valore scientifico, e la mancanza di pratica utilità, conchiudendo non potersi dallo stesso dedurre conseguenze giuridiche.

Dice l'autore, seguendo l'opinione comune, che per giudicare dell'ammissibilità della successione, per trovarne i limiti, per determinare la persona del successore, il diritto di rappresentazione, e quello di accrescimento, si deve stare alla legge vigente quando si è acquistato il diritto a succedere, e combatte con validi argomenti la teoria del Lassalle, che invece sostiene doversi attenere alla legge vigente quando l'eredità si adisce. Secondo la legge dell'aperta successione si deve pur giudicare degli effetti immediati della stessa, quali sono la facoltà di trasferire il diritto a succedere che non dipenda da contratto, il passaggio agli eredi dei crediti e dei debiti, la comunione fra i diversi chiamati, il diritto dei creditori e dei legatari di domandare la separazione del patrimonio, ecc. Invece le forme dell'accettazione o del ripudio, l'ammissibilità dell'accettazione dopo il ripudio, le forme per ottenere la separazione, ecc. sono regolate dalla legge del tempo in cui tali atti sono posti in essere. I provvedimenti relativi all'eredità giacente si regolano secondo la legge vigente alla morte del *de cujus;* ma ogni legge nuova si applica anche alle eredità giacenti già aperte.

Parlando in seguito del testamento l'autore osserva che, se esso prende vigore solo colla morte del testatore, è però necessità di fatto che esista qualche tempo prima senza effetto, e che devonsi conciliare in questa materia due esigenze legittime: quella del testatore di non aver fatto un atto nullo quando si è uniformato alle leggi vigenti; e quella dello Stato di non considerare il testamento come esistente se non alla morte del testatore, e dice che la conciliazione si ottiene lasciando regolare dalla legge vigente quando il testamento è fatto, le forme esterne dell'atto, e la capacità di testare; e dalla legge vigente al momento della morte tutte le altre quistioni, oppure contemporaneamente dalle due leggi secondo la varietà dei casi.

In seguito parla della *facoltà* di testare, che è regolata dalla legge vigente all'epoca della morte, come pure lo è l'estensione della stessa, per es. la determinazione della porzione legittima. Per altro un testamento fatto quando tale facoltà non spettava al testatore, non attingerebbe valore da una legge che gli accordasse tale diritto, nemmeno se morisse vigente tale legge.

Quanto alla capacità di testare, dice non potersi fare quistione circa la capacità fisica, cioè sanità di mente e libertà di volere, che devono esistere quando il testamento si fa; quanto alla capacità per età ed alla capacità giuridica, l'autore si accosta all'opinione prevalente fra i trattatisti, che debbano esistere nel testatore tanto secondo la legge sotto il cui impero il testamento venne fatto, quanto secondo quella sotto il cui impero il testatore morì. Nota per altro molto opportunamente non potersi ritenere attinenti alla

capacità giuridica, sibbene alle forme, quei requisiti del testamento i quali, quantunque sieno imposti a certe persone in vista della loro condizione e capacità personale, si risolvono in atti che le persone stesse devono intraprendere, per es. la necessità per la donna maritata dell'assistenza del marito.

La capacità a succedere, insegna l'autore, è regolata dalla legge vigente all'epoca della morte del *de cujus*, anche se si trattasse di successione testamentaria condizionata, scostandosi dall'opinione del Lassalle, che dice richiedersi anche oggidì la capacità all'epoca dell'adizione, come si richiedeva pel Diritto Romano.

Per le forme esterne del testamento, insegna l'autore, si deve sempre stare alla legge vigente al momento della confezione; lecito però al legislatore di prescrivere che i testamenti debbano essere rifatti colle forme da lui volute entro un dato termine (art. 25 delle Leggi transitorie, II), prescrizione che però non dovrebbe annullare i testamenti di coloro che si sono trovati nella fisica impossibilità di uniformarvisi.

La forma interna del testamento che consiste in quelle modalità estrinseche ed accidentali delle disposizioni prescritte o vietate dalla legge, che influiscono sugli effetti del testamento, sono rette dalla legge che vige al momento della morte del testatore; tale sarebbe il divieto dei testamenti congiuntivi, dei quali l'autore parla diffusamente, l'efficacia o meno della clausola derogatoria, la prescrizione che il testamento debba contenere l'istituzione di erede, tutto ciò che attiene alla diseredazione, tranne la formola della stessa, che è formalità esterna. E dalla legge vigente all'epoca della morte del testatore è pure governato tutto quanto attiene al contenuto del testamento: limite della facoltà di testare, effetto delle singole disposizioni, valore delle parole usate dal testatore, ammontare della legittima, validità delle condizioni, e validità od invalidità delle sostituzioni volgare e pupillare. È quistione però intorno alla sussistenza o meno delle sostituzioni pupillari dipendenti da testamenti aperti ed attuati nella parte riflettente l'istituzione durante la legge che le permetteva, e che non sono state effettuate ancora al sopraggiungere di una nuova legge che le vieta. La legge transitoria italiana non ha risoluto tale quistione; ma l'autore ritiene che queste sostituzioni siano ancora valide, perchè il sostituito ha acquisito il suo diritto fin dalla morte del testatore e solo ne è sospeso l'effetto fino al verificarsi del caso preveduto. Lo stesso deve dirsi delle sostituzioni fidecommissarie ed anche dei veri fidecommessi; notando però che le leggi abolitive dei fidecommessi trovano immediata applicazione anche a quelli già attuati, e che anzi anche un semplice divieto della sostituzione fidecommissaria, quale è quello contenuto nell'art. 899 Cod. civ. ital., basta per sè a far cessare l'ulteriore

trasmissione, perchè altrimenti lo scopo della legge rimarrebbe troppo a lungo frustrato. Si domanda l'autore, in questo proposito, quali diritti si debbano considerare quesiti al momento dell'abolizione dei fidecommessi, e ritiene che sieno tali non solo quelli dell'attuale investito, ma anche quelli dei successivi chiamati viventi o concepiti, e loda la legge transitoria italiana che ha cercato di conciliare il rispetto dovuto a tutti questi diritti, coll'opportunità dell'immediata abolizione del vincolo fidecommissario.

Insegna l'autore che se per il significato legale delle parole uscite dal testatore, e per le altre accidentalità delle espressioni, per esempio ripetizioni, ecc. si deve stare alla legge vigente quando la successione si apre, perchè trattasi di formalità interne; è invece quistione di semplice volontà il vedere se un testatore col fare un nuovo testamento abbia inteso di revocare quello antecedente; e quindi per regola si deve stare alla legge del momento della formazione del secondo testamento. Secondo la legge vigente all'epoca della morte si deve giudicare di quanto attiene all'efficacia delle disposizioni, e di tutto ciò che si riferisce alla esecuzione delle medesime.

Parlando in seguito delle successioni convenzionali, l'autore ne fa brevemente la storia, ed insegna che il patto successorio, irrevocabile, da non confondersi col testamento reciproco, fa acquistare diritti fin dal momento della stipulazione, diritti che non possono essere offesi dalla legge posteriore che li vieti. Si domanda poi l'autore se oltre al patto successorio espresso ne sia possibile uno tacito, per es. se quei diritti di successione che le leggi accordano ai coniugi, si debbano considerare acquisiti in virtù del contratto di matrimonio, quand'anche in questo non se ne faccia parola, e dopo aver trattato ampiamente la quistione conchiude col dire che il criterio più sicuro per scioglierla sta nel ricercare se i diritti erano irrevocabili o meno. Nel primo caso, che si verificava nel *douaire coutumier* dell'antico Diritto Francese, si ha un patto successorio intangibile per parte della legge nuova; nel secondo invece si ha un semplice diritto successorio, modificabile col cambiamento di legislazione. Rileva l'autore che è una vera successione convenzionale, intangibile da una legge nuova che non sia espressamente retroattiva, quella dei livelli *ex pacto et providentia*.

Le successioni legittime sono rette, insegna l'autore, dalla legge vigente alla morte del *de cujus*, se questi non ha lasciato testamento; e se ha lasciato testamento, da quella del giorno in cui la successione intestata si è aperta, per essere diventato certo che il testamento non può avere effetto. Anche per determinare i diritti successori dei figli naturali, si ha riguardo a quella legge e non

a quella vigente al momento del riconoscimento; ed in proposito l'autore modifica l'opinione espressa nella prima edizione, che il riconoscimento giudiziale fatto in virtù dell'art. 7 della legge transitoria del 1865 a termine di una legislazione che ammetteva le indagini della paternità, ma non la successione del figlio naturale, non procacciasse al figlio il diritto di succedere.

Anche la determinazione della legittima è regolata dalla legge vigente all'epoca della morte del *de cujus;* però tale legge non potrebbe avere effetto di assoggettare a riduzione donazioni perfette sotto di una legge che non ve le sottoponeva; o di assoggettarvele in proporzioni maggiori di quelle portate dalla legge vigente al momento in cui le donazioni sono state stipulate. Analoga ma non identica è la quistione relativa alle limitazioni della facoltà di disporre del vedovo passato a seconde nozze; ed in proposito insegna l'autore che la riduzione delle donazioni fatte in contravvenzione a tale divieto è regolata unicamente dalla legge del momento in cui la donazione o l'istituzione contrattuale è stata fatta.

Quanto alla collazione, di cui l'autore espone brevemente le vicende, dice che se ad una legge che la ordina in mancanza di una espressa dispensa del donante ne succede una con disposizione contraria, cioè che ne esonera il donatario se non vi è stato espressamente obbligato, o viceversa, bisogna sempre stare alla legge vigente quando la donazione è stata stipulata, perchè si è in tema di interpretazione di volontà. Se invece ad una legge che ordina o divieta in modo assoluto la donazione ne succede una diversa, o viceversa, bisogna stare alla legge vigente al momento dell'apertura della successione.

La rinunzia ad una successione già deferita deve regolarsi colla legge vigente nel giorno in cui si fa; invece chi abbia facoltà di rinunciare, e quali sieno gli effetti della rinuncia si decide secondo la legge posteriore, e così pure la caducità del diritto di successione. La divisione è retta dalla legge vigente al momento in cui vi si procede.

L'art. 22 delle leggi transitorie, dice l'autore, ha dichiarato che la nuova legge ha tolto vigore alle rinuncie alle eredità future che erano valide per le leggi precedenti; la maggior parte degli scrittori adotta tale opinione solo per le rinuncie *supererogatorie;* e segue invece l'avviso opposto per le rinuncie contrattuali; e dice che le une e le altre dovrebbero essere rispettate dalla legge nuova, perchè l'elemento contrattuale è insito in tutte; e ciò vale non solo per le rinuncie emesse dalle donne, ma anche per quelle dei religiosi, dei figli naturali, ecc.

XIV.

Nel IV volume dell'opera, recentemente pubblicato, l'autore tratta dei principii di gius transitorio delle obbligazioni (Parte III, Libro III) e di quelli di gius transitorio procedurale (Libro IV). Posta la massima fondamentale che, sulle obbligazioni impera sempre il diritto, scritto o consuetudinario, vigente nel giorno in cui ebbero origine, ed assodato che non soffre limitazione se non nel caso di obbligazioni di durata perpetua, dimostra la necessità di applicarla innanzitutto quando si tratti di determinare la origine e la natura delle obbligazioni, non eccettuate quelle meramente naturali, che non si trasformano punto in civili, come molti vogliono, e come riteneva anche il nostro A. nella prima edizione della presente opera, per ciò solo che una legge, posteriore a quella sotto la quale esse sorsero, le munisca di azione; ed in secondo luogo allorchè si voglia giudicare della validità della obbligazione, e cioè della capacità ad obbligarsi, del contenuto della obbligazione e della natura delle cose che di questa sono oggetto, nonchè delle forme esterne degli atti obbligatorii. Trattando della capacità ad obbligarsi l'A. si ferma specialmente sulle questioni transitorie cui dà occasione il disposto del S. C. Velleiano, ed accetta l'opinione, seguita dalla maggior parte degli scrittori, che la invalidità delle intercessioni poste in essere in onta ad esso non venga a cessare con l'attuazione di una nuova legge che lo abolisca. Per quello che attiene al contenuto dell'obbligazione, espone come debbasi ricorrere al diritto del momento di origine di questa per decidere dell'indole e dell'astratta ammissibilità della prestazione obbligatoria, non meno che della quantità di essa, dell'idoneità delle persone fra le quali intercede la obbligazione, dei patti addietti e della forma interna degli atti obbligatorii. A proposito di questo ultimo argomento l'A. ci dà anche la dottrina della retroattività in materia di contratti simulati, la quale si può compendiare in questi due canoni: 1° gli effetti di tali obbligazioni — che debbono non già aversi per nulle, ma valere secondo l'intendimento reale delle parti, a meno che la simulazione non miri ad eludere la legge — vanno giudicati secondo i principii generali di diritto ogni qualvolta la legge, sotto il cui impero quelle furono praticate, non disponga il contrario; — 2° in nessun caso può applicarsi retroattivamente una disposizione che consideri certi atti *inter vivos* come simulato in frode della legge.

Riguardo alle forme esterne degli atti obbligatorii, il principio fondamentale non soffre alcuna limitazione, non potendosi da un

lato accogliere la distinzione, inesatta giuridicamente e filosoficamente, proposta dal Lassalle, tra forme esterne probatorie e mere formalità; e non apparendo punto fondate, dall'altro, le obbiezioni dello Schaaf, il quale, in base ad una presunta volontà del legislatore, che non si può riconoscere, e sulla autorità di un testo romano di poca importanza, vorrebbe retroattive le leggi che sanciscono la insufficienza delle forme esterne, richieste anteriormente. Ciò non vuol dire, però, che la legge nuova non possa imporre nuove formalità per l'accertamento e la conservazione di un diritto acquisito, o dispensare dalla osservanza di quelle prescritte a tale scopo dalla legge anteriore, purchè non sia ancora trascorso il termine per porle in essere. A questo punto l'A. trova opportuno toccare anche delle questioni relative al tempo nel quale le obbligazioni debbono essere costituite, con riguardo speciale al contratto di matrimonio; poi viene a parlare di quelle riguardanti la nullità ed invalidità, la ratifica e la conferma ed i caratteri accidentali delle obbligazioni; questioni tutte nella soluzione delle quali ha sempre presente il canone generale. Ma la materia nella quale questo riceve le più importanti applicazioni è senza dubbio quella degli effetti dell'obbligazione: essi in genere sono regolati dalle norme del diritto vigente al momento in cui la obbligazione fu posta in essere; il che, però, non toglie che il legislatore possa provvedere con nuove norme alle modalità di esercizio o di esecuzione dell'obbligazione stessa. Fra i varii effetti si presenta innanzi tutto il pagamento, che può dare luogo a numerose questioni di diritto transitorio, specialmente riguardo all'oggetto suo nel caso che consista in una somma di denaro. Se prima che il pagamento sia effettuato si produce nelle monete dello Stato un cambiamento di valore, sia per opera dello Stato stesso, sia per effetto delle fluttuazioni naturali del prezzo mercantile dei metalli o delle cose che si cambiano contro denaro, avverte il nostro A. che possono presentarsi questioni d'interpretazione dei contratti, non già vere questioni di diritto transitorio: queste, invece, sorgono in seguito alla attuazione delle leggi introduttive del corzo forzoso della carta moneta, e si debbono risolvere partendo dal principio che a quelle leggi va accordata forza retroattiva, malgrado le convenzioni speciali fatte in precedenza dalle parti allo scopo di eluderle, tanto da non riconoscere alcuna efficacia giuridica al patto di risoluzione aggiunto ad un contratto stipulato avanti l'attuazione delle leggi in parola per il caso che il debitore paghi in carta moneta anzichè in metallo. Per il fatto del pagamento nascono nel debitore dei diritti: fra essi le legislazioni ammettono la surroga nelle ragioni del creditore, per ottenere il rimborso da altre persone sulle quali pure gravasse il debito estinto. Dice l'A. nostro che se la surroga è con-

venzionale, si applica senz'altro il principio generale; se è legale, qualora il pagante sia un condebitore dev'essere osservata la legge vigente al momento in cui ebbe origine la obbligazione del surrogato; qualora sia un terzo, la legge del giorno del pagamento. Un altro effetto della obbligazione è il diritto del creditore al soddisfacimento coattivo. Nessun dubbio che tutte le azioni giudiziali, comprese quelle di nullità e di rescissione, debbono, in generale, esser regolate dalla legge della obbligazione: per le eccezioni una regola unica non può darsi: « i principii speciali, avverte l'A., che nei diversi casi le regolano non differiscono da quelli concernenti i vari titoli o fondamenti che le eccezioni possono avere ».

Anche gli effetti indiretti, e cioè le conseguenze giuridiche dello inadempimento, o dell'imperfetta o ritardata esecuzione, il caso fortuito ed il pericolo, l'ordine e la priorità delle obbligazioni, la loro rinnovazione tacita, la trasmissione a terze persone, le cause di risoluzione e di revocazione, nonchè gli effetti loro fra i contraenti, e gli effetti della obbligazione rispetto ai terzi, sono regolati in generale dalla legge del momento in cui l'obbligazione fu costituita. Deve però esser riconosciuta efficacia retroattiva alla legge introduttrice di nuove cause di risoluzione, quando tali cause siano o suggerite da gravi ragioni di moralità, ovvero già virtualmente contenute nella legge anteriore. Inoltre, sebbene per regola gli effetti dalla stipulazione provenienti a terze persone abbiano ad essere giudicati soltanto secondo la legge del giorno in cui la stipulazione ebbe origine, sarebbero tuttavia applicabili retroattivamente le nuove disposizioni che concedessero ad uno dei contraenti contro il terzo, od a questi contro uno dei contraenti un'azione che non cambiasse sostanzialmente la situazione giuridica del terzo rispetto ai contraenti (ad es., l'azione data al mandante o contro di esso per gli affari conchiusi in nome suo dal mandatario). È da notarsi ancora che i diritti accordati dalla legge ai terzi in occasione di certe obbligazioni che non li riguardano (ad es., l'azione pauliana), costituendo solo mere facoltà di legge, non potrebbero più esercitarsi dopo la introduzione di una disposizione legislativa che li abolisse, sebbene i contratti cui si riferiscono fossero stati posti in essere anteriormente; e che d'altra parte, nessuna forza retroattiva potrebbe riconoscersi alle leggi che per la prima volta accordassero siffatti diritti.

Con gli effetti diretti od indiretti della obbligazione non vanno confusi quelli che l'A. chiama *effetti improprii*, e specialmente quelli provenienti sia dal concorso o conflitto fra due obbligazioni, sia dal servire una data obbligazione di occasione e di oggetto ad un'altra. L'A. discorre particolarmente del concorso delle cause lucrative, che deve essere governato dalla legge sotto il cui impero

si perfeziona ogni singolo titolo lucrativo; della compensazione, che, al pari degli altri fatti acquisitivi di diritto, è regolata dalla legge del tempo in cui si compie; della confusione, che, rispetto alle sue conseguenze, è retta dalla legge sotto la quale il credito è sorto, e rispetto al suo verificarsi, dalla legge del momento in cui seguì il fatto dal quale essa si fa derivare; della novazione, della transazione, della remissione del debito, della cessione e della fidejussione, giudicabili tutte secondo il diritto del tempo in cui sono poste in essere.

Della estinzione delle obbligazioni e dell'eventuale loro ripristinamento dice il nostro A. che devesi decidere in conformità alla legge vigente al momento in cui le obbligazioni vennero costituite, od in cui si estinsero o si ripristinarono, a seconda che la causa della estinzione o del ripristinamento sia o no insita nella obbligazione stessa o nel titolo dal quale questa proviene. Però la prescrizione estintiva, che per il nostro A. estinguerebbe solo l'azione, deve, in conformità alle norme svolte nella parte generale, essere giudicata secondo la legge del tempo in cui si compì.

XV.

Entrando a trattare delle diverse fonti delle obbligazioni, ed innanzitutto del contratto, l'A. pone il seguente principio: ogni convenzione deve serbare il carattere attribuitole dalla legge vigente al tempo della sua origine, se ed in quanto tale carattere influisca sugli effetti che le si possano attribuire: quella legge deve essere osservata anche nel giudicare degli elementi costitutivi della convenzione stessa, del momento in cui questa si perfeziona, del modo di interpretarla, della sua efficacia, nonchè della nullità di essa, considerata come manifestazione di volontà, e della rescissione sua. Parlando della nullità del contratto l'A. espone diffusamente la teoria romana dell'errore, del dolo e del timore, comparandola con la dottrina odierna che non poco se ne allontana; e nell'argomento della rescissione si ferma a considerare in modo speciale quella basata sulle azioni edilizie, redibitoria e *quanti minoris*, e quella proveniente da lesione enorme, rispetto alla quale ultima numerosissime si sono presentate le questioni transitorie per il grande divario fra le legislazioni che nei diversi paesi si sono succedute, accordandola alcune, in conformità al diritto romano, al solo venditore di immobili, altre ad entrambi i contraenti, altre infine, tanto nelle compre e permute di immobili, quanto in quelle di mobili.

Oltre al contratto è fonte di obbligazioni la legge, fonte indiretta per i quasi-contratti, i delitti, ed i quasi-delitti, e fonte

diretta per certe obbligazioni che nascono in vista di determinati eventi o di determinate condizioni di fatto personali. In conformità al principio, svolto nella parte generale, che i diritti dalla legge fatti derivare da determinati eventi si debbono considerare quesiti non appena tali eventi siansi compiti, le obbligazioni nascenti per opera della legge vanno giudicate, sia rispetto alla loro esistenza, che rispetto ai loro effetti, secondo le norme legislative imperanti nel momento in cui vennero posti in essere quei fatti di cui sono conseguenza. Questa regola però, aggiunge l'A., « non può andare disgiunta da una necessaria limitazione, concernente le obbligazioni nascenti, per opera della legge, da fatti che si collegano con relazioni di stato personale. Come i fatti e le relazioni di questo genere, così pure quelle obbligazioni, anzichè alle esposte regole, vanno soggette ai precetti di gius transitorio personale, perchè sono obbligazioni accessorie alle dette relazioni, e partecipano della natura di queste ».

XVI.

A questa esposizione, che può proprio dirsi esauriente, dei principii generali della dottrina transitoria delle obbligazioni, segue nel volume del quale ci occupiamo un lunghissimo capitolo, contenente l'applicazione di quei principii alle più importanti questioni concrete. Quale interesse questa parte dell'opera presenti per ogni classe di giuristi, non è necessario notare: tutti i punti più controversi della dottrina della retroattività in materia di donazione, di vendita, di locazione, di rendita, di mutuo, d'enfiteusi, di contratto di matrimonio, di società vi sono particolarmente studiati : tutte le soluzioni offerte vi sono giustificate col riferimento ai principii generali, convenientemente interpretati, e con la critica profonda e spassionata delle opinioni contrarie. La natura del presente scritto non ci permette di seguire l'A. passo per passo: ci limiteremo a ricordare qualcuna delle questioni da lui trattate. A proposito delle donazioni, mutando in parte l'opinione professata nella prima edizione dell'opera, insegna doversi ritenere irretroattiva la legge che per la prima volta ne ammetta la risoluzione per sopravvenienza di figli, retroattiva, al contrario, quella che introduca la revoca per ingratitudine del donatario. Una opinione nuova l'A. adotta anche riguardo all'ammissibilità della riconduzione tacita, della quale ora ritiene si debba giudicare in base alla legge vigente allorchè fu stipulata la originaria locazione, non già a quella sotto la quale incominciò la tacita riconduzione. Degna di particolare nota è la questione, trascurata in generale dagli scrittori, se una legge nuova che aumenti o scemi lo sti-

pendio o la pensione degli impiegati dello Stato debba applicarsi anche agli impiegati già in servizio: questione così risoluta dal nostro A. « I funzionari nominati senza limiti di tempo o perpetuamente non hanno diritto quesito nè a rimanere in carica, nè a percepire stipendio o risarcimento di sorta dopo essere stati licenziati. Essi non hanno diritto quesito se non alle rate di stipendio maturate, oppure a quei compensi qualunque che per il caso di licenziamento abbia stabilito la legge sotto il cui impero questo fatto accadde. Neppure hanno diritto quesito a pensione, se non dopo avere compiuta la durata di servizio a tal fine richiesta, e secondo la legge vigente nel tempo di tale compimento. Però il diritto alla pensione acquistato nel detto tempo è intangibile da ogni legge posteriore ».

Nella questione se le leggi che introducono la risoluzione del contratto di rendita perpetua per ripetuto non pagamento delle annualità possano retroagire sui contratti posti in essere mentre vigeva una legge che non ammetteva la risoluzione per questa causa, l'A. abbraccia l'opinione affermativa, rifiutata nella prima edizione in conformità a quanto pare disponga anche il nostro legislatore nell'art. 29 delle Disposizioni transitorie, giustificandola con argomenti che, a mio modesto avviso, possono ancora lasciar luogo a dubbi. Relativamente ai rapporti patrimoniali dei coniugi, fonte notevolissima di questioni transitorie, pone la massima che debbano essere giudicati sempre secondo le norme del diritto imperante nel momento in cui seguirono le nozze, sia che esista un contratto di matrimonio, sia che ne tengano vece le tacite convenzioni dei coniugi, desunte dalle leggi e consuetudini in quella epoca vigenti, in qualunque tempo siano stati acquistati i beni cui i detti rapporti si riferiscono. Non si debbono, però, ritenere come diritti quesiti, indeclinabilmente soggetti alle disposizioni di quel diritto, nè le mere facoltà dalla legge accordate all'uno od all'altro coniuge, nè la capacità od incapacità di natura personale riconosciuta in uno di essi dalla legge o da espresse stipulazioni dichiarate inammissibili od inefficaci da disposizioni legislative posteriori; nè, da ultimo, i diritti di successione che la legge originaria attribuiva ad uno degli sposi sui beni dell'altro.

XVII.

L'ultimo libro della Parte III contiene la esposizione dei principii di gius transitorio procedurale. Sebbene quasi tutti gli scrittori, che si sono occupati della retroattività delle leggi abbiano rivolti i loro studii anche al diritto procedurale, ed una quantità considerevole di materiali sia stata adunata dalla giurisprudenza,

mancava ancora un'opera che desse una teoria completa, rispondente a tutti i bisogni della pratica. Ciò si spiega, nota il Gabba, riflettendo che « in questa materia predominarono finora gli studii casuistici, temperati appena da talune generalità, formulate per via di astrazioni non abbastanza larghe, e che il solo giureconsulto, il quale intese a costrurre una completa sintesi dottrinale (il Mittermajer), non cercò la riprova degli esposti principii in un numero abbastanza esteso di pratiche applicazioni ». Questa osservazione ci permette già di argomentare il metodo che l'A. seguirà. Determinata la natura degli atti procedurali, punto di partenza di tutta la dottrina, e poste in chiaro le condizioni necessarie a che sorga il diritto quesito di promuovere o di continuare tali atti, il diritto quesito, cioè, *di procedere*, cerca quali siano le questioni transitorie che veramente si possono chiamare procedurali, dichiarandole dominate dal principio fondamentale, riconosciuto dalla grande maggioranza dei giureconsulti, essere le leggi di procedura per regola retroattive, potersi esse, cioè, applicare tanto ai diritti acquistati prima della loro emanazione, quanto a quelli acquistati dopo, e, rispetto ai primi, tanto alle procedure già incominciate prima della legge nuova, quanto a quelle da incominciarsi dopo. Questo principio, del quale l'A. ricorda le applicazioni principali fatte dalla giurisprudenza riguardo all'indole della procedura, alla organizzazione delle autorità, col cui concorso questa si svolge, ed alla loro giurisdizione e competenza, nonchè agli atti del procedimento, ed al rito procedurale, trova la sua limitazione nell'altro, che le leggi nuove non possono retroagire sul diritto quesito *procedurale* (da non confondersi col diritto quesito *a procedere*, testè accennato) sul diritto, cioè, che si fosse acquistato di intraprendere una data procedura, di fare seguire certi atti procedurali ad altri atti già compiuti, o di far desumere certi effetti procedurali da singoli atti o da una intiera procedura già compiuta. Questo diritto quesito, la cui origine risiede nel canone generale che, debitamente posti in essere certi atti imposti dalla legge, ognun ha il diritto a quegli utili effetti giuridici, ai quali, come scopo, erano quegli atti prestabiliti come mezzi, è esclusivamente regolato dalla legge, sotto il cui impero si compì il fatto in virtù del quale venne acquistato. A meglio chiarire il concetto del diritto quesito procedurale l'A. esamina i principali casi nei quali esso si presenta; ed insegna che diritti quesiti procedurali scaturiscono dalle convenzioni, permesse dalla legge, circa un dato elemento del processo, od anche circa un intiero sistema di procedura, ovvero dal compimento, a termini della legge, di un atto procedurale qualunque, o dall'essere certi atti immediata e naturale conseguenza di altri già posti in essere, ecc. Però il secondo

principio ricordato, oltre alle restrizioni di mero diritto positivo, ne subisce altre che derivano o dalla mancanza nel nuovo sistema procedurale e giudiziario dei mezzi e delle istituzioni necessarie a continuare una procedura, o ad intraprendere atti procedurali nuovi, o dal differente ordinamento dato dalla nuova legge alla procedura, il quale rende inutili certi atti procedurali.

Passando alle applicazioni che dei principii sopra accennati si possono fare nel campo della procedura civile, ed innanzitutto nella materia delle prove, sostiene l'A. che dell'ammissibilità dei mezzi probatorii conviene decidere non secondo la legge vigente nel giorno in cui venne acquistato il diritto che si vuol provare, ma secondo quella del tempo in cui si ha a giudicare della prova; e dimostra che questa opinione non solo si può giustificare in vista dei molti casi nei quali la necessità o la opportunità della applicazione retroattiva della nuova legge non può negarsi, ma ha pure un fondamento filosofico, che manca alla opinione contraria, sorta sulla base di risoluzioni date per casi speciali; risoluzioni giuste per la maggior parte, ma non atte a costituire un fondamento sufficiente della generale irretroattività delle leggi probatorie, ed accettate anche dai fautori della rètroattività come ragionevoli limitazioni. Riguardo alle sentenze giudiziali insegna l'A. che gli effetti civili ne debbono essere regolati dalla legge del giorno in cui quelle furono emanate; invece gli effetti procedurali da quella vigente al momento in cui si avverarono. In conformità alla prima legge devesi giudicare dell'ammissibilità e della natura dei rimedi contro le sentenze, non meno che della esecuzione di queste, salva l'osservanza delle disposizioni legislative attuali per quel che concerne le forme in cui debbono essere esperimentati quelli, o si deve procedere a questa. L'autore si occupa specialmente della questione tanto dibattuta, se si debba ammettere la retroattività delle leggi relative all'arresto per debiti, e la risolve affermativamente.

Il principio fondamentale transitorio procedurale è pure applicabile al procedimento penale, con alcune modificazioni dipendenti dal carattere peculiare di questo, e dalla speciale condizione in cui le parti vi compaiono. Tolta ogni idea di quasi-contratto giudiziale, non si può riconoscere nel delinquente, soggetto affatto passivo del processo, diritto quesito contro la retroattività d'una nuova legge penale procedurale; chè anzi nemmeno si può ammettere nel processo penale alcuno di quei diritti quesiti procedurali, che nel processo civile si vedono provenire da singoli atti di procedura una volta compiuti, perchè, nota l'A., nel processo penale lo scopo cui si tende è la scoperta della verità, ed a questo supremo interesse non può mai l'imputato contrapporne uno proprio.

Però ragioni estranee al rigoroso diritto hanno fatto accettare qualche limitazione a questi principii teorici; hanno, cioè, fatto restringere la retroattività delle nuove leggi penali a quelle sole che portano un miglioramento nella condizione del delinquente.

Tale è l'orditura sulla quale il prof. Gabba ha tessuto il suo lavoro, dando a tutte le questioni che noi abbiamo potuto appena accennare, il più ampio sviluppo storico e dottrinale, ed arricchendo per tal modo la nostra letteratura giuridica di un'opera di valore indiscutibile, e che torna indispensabile non solo a chi si dedica a studi teorici, ma anche a chi è chiamato alla pratica applicazione delle leggi. In questa seconda edizione l'autore ha introdotte non poche varianti, ed ha modificato alcune delle opinioni che aveva seguìto nella prima, lo che prova sempre più l'amore che egli ripone nello studio suo prediletto.

AMM. PROV. DI TORINO
№ 15658
BIBLIOTECA
115668